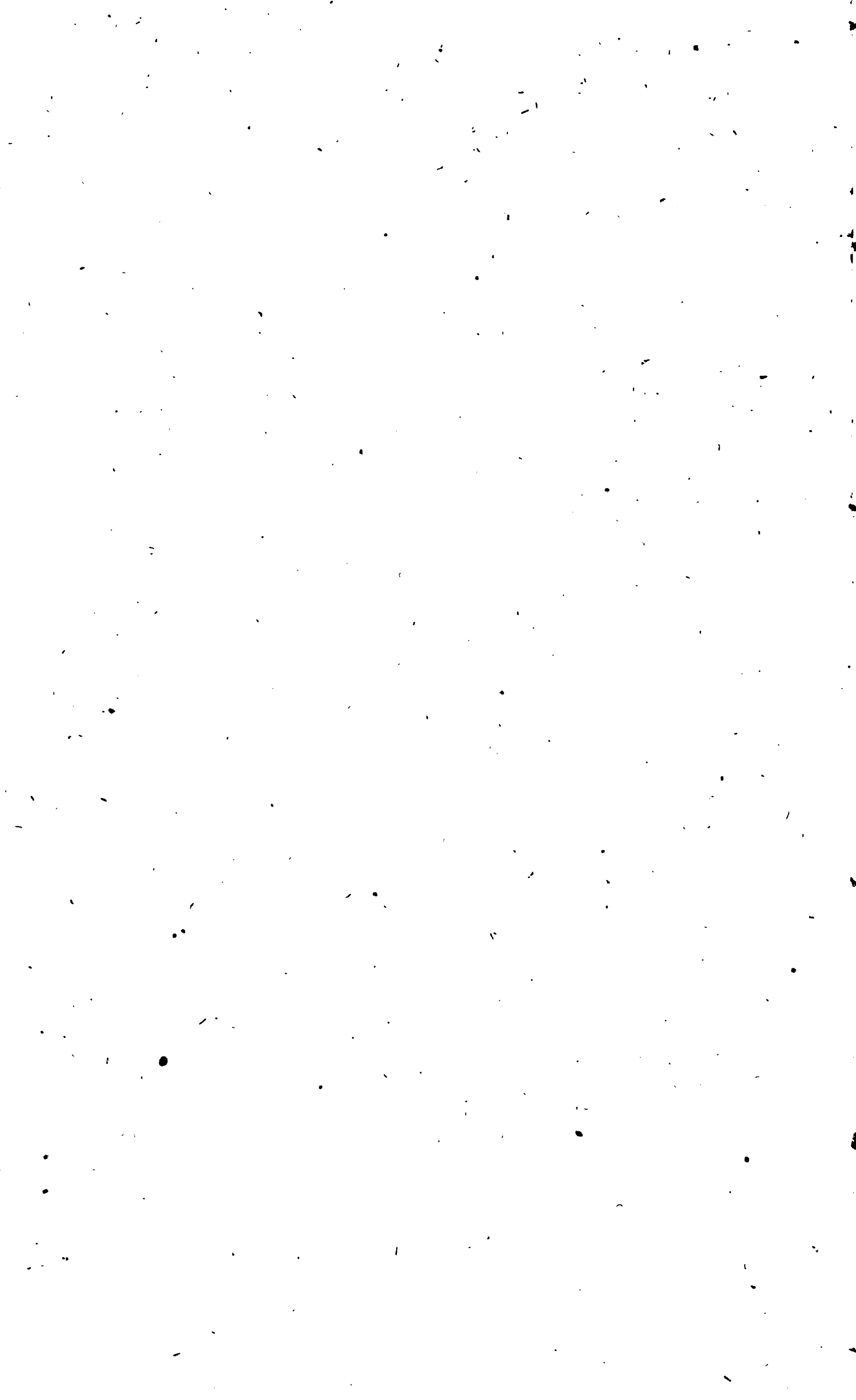



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
ET
VE
RI
TAS
CHRISTO
ECCLESIAE





Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß.

Herausgegeben von

Dr. J. T. B. von Linde,
Großherzogl. Hess. Geheimen Staatsrathe im Ministerium des Innern und der Justiz, vormals Canzler der Universität zu Gießen, und Director des Oberstudienraths zu Darmstadt.

Dr. Th. G. L. Marezoll,
Königl. Sächsischem Hofrathe und ordentl. öffentl. Professor des Rechts zu Leipzig.

Dr. A. W. von Schröter,
Großherzogl. Mecklenburgischem Ober-Appellations-Gerichts-Rathe zu Rostock.

Neue Folge. Sechster Band.

Gießen 1849.
Ferber'sche Universitätsbuchhandlung
(Emil Roth).

Inhalt.

Seite

I.

Von der Recusation (Perhorrescenz) des Richters, insbesondere von dem Perhorrescenzeide.

Von

Dr. L. Behmer in Dessau.

§. 1. Einleitung.

Es ist von dem größten Interesse für die Recht suchenden Parteien, daß der Richter, an welchen die Beurtheilung und Entscheidung des zwischen ihnen streitigen Rechts gewiesen ist, mit dem allgemeinen Erforderniß der Fähigkeit zum Richteramte auch das besondere des Vertrauens von Seiten der Parteien oder, negativ ausgedrückt, der Unverdächtigkeit, im concreten Falle seinen allgemeinen Richterpflichten entsprechen zu können und zu wollen, vereinige, weil nur so die Gerechtigkeit der richterlichen Entscheidung keinem Zweifel unterliegen und seine Rechtspflege frei und unabhängig von jedem Privatzwecke erscheinen wird, weil nur so das Gefühl der Sicherheit und die Gewißheit eines zuverlässigen Rechtsschutzes bei den Parteien aufrecht erhalten und die oft willkührlich, bloß aus Streitsucht oder versuchsweise geschehende Einwendung von Rechtsmitteln und dadurch eintretende Prozeßverlängerung vermieden werden kann. Aber auch dem Richter selbst muß daran gelegen seyn, daß er in seiner Stellung und bei seiner Amtsverwaltung nicht

irgend einen Grund darbiete, weßwegen eine oder die andere Partei an der vollen Gerechtigkeit seiner Entscheidung zweifeln könnte, und daß er der Heiligkeit seines Berufes und seiner eigenen Ehre wegen in allen den Fällen von seiner Amtsthätigkeit ausgeschlossen werde, wo es ihm seiner persönlichen Verhältnisse wegen schwer fallen könnte, der strengen Gerechtigkeit freien Lauf zu lassen, oder wo er ohne Wissen und Willen seinen Standpunct über den Parteien außer Augen lassen und denselben neben einer oder der andern einnehmen könnte. Wenn daher auch den Parteien nicht ausdrücklich das Recht eingeräumt wäre, den Richter wegen Verdächtigkeit zu entfernen, so würde doch in dieser Handlung an sich oder in dem Versuche derselben etwas Beleidigendes für den Richter nicht gefunden werden können, da er eben, wenn er verdächtig, d. h. wenn der Mangel von Vertrauen gegen ihn begründet ist, sich selbst und seinem Amte es schuldig ist, sich der Ausübung seines Amtes zu enthalten, und da die Befürchtung eines bevorstehenden Nachtheils, welche in dem Recusationsantrage der Partei ausgedrückt ist, auch wenn sie gegen eine bestimmte Person gerichtet ist, nicht beleidigen kann, sobald die Begründetheit dieser Befürchtung noch, wie hier geschieht, einer richterlichen Cognition unterworfen wird. Daß freilich die Recusation des Richters durch die Art und Weise ihres Vortrages zur Injurie für denselben werden kann, ist nicht in Abrede zu stellen, sondern nur die nothwendige Verbindung, die Identität der Recusation mit einer Injurie.

§. 2. Nothwendigkeit des Antrags der Partei auf Remotion des verdächtigen Richters.

Die Verdächtigkeit des Richters oder der Umstand, daß eine Partei kein Vertrauen zu demselben hat, beruht nun lediglich in der Meinung, in der subjectiven Ansicht der Partei, von welcher der Staat nicht eher Kenntniß hat und haben kann, als bis sie ihm angezeigt worden ist. Die Partei, welche den Richter im concreten Falle von seinem Amte entfernt sehen will, muß daher

darauf antragen und es kann dem Staate nicht zugemuthet werden, ex officio diesen etwaigen Mangel abzustellen, wie dies bei der Unfähigkeit des Richters geschehen muß; denn die Fähigkeit des Richters beruht auf dem Vorhandenseyn der allgemeinen, vom Staate für alle Richter bei jedwedem streitigen Verhältnisse aufgestellten Erfordernisse in der Person des Richters, bei deren Mangel der Richter aufhört Richter zu seyn; die Verdächtigkeit desselben hängt dagegen von dem zufälligen Vorhandenseyn eines persönlichen Verhältnisses zu den in concreto streitenden Parteien oder zu der in concreto streitigen Sache ab, welches seine Eigenschaft als Richter überhaupt nicht aufheben kann, sondern nur der gehörigen Vollziehung seiner richterlichen Functionen in diesem besondern Falle hinderlich seyn könnte. Das Verhältniß zwischen der Fähigkeit und der Unverdächtigkeit des Richters würde daher dies seyn, daß die erstere ein absolutes und unter allen Umständen wirksames Erforderniß, die letztere dagegen nur ein concretes und auf besonderes Verlangen der Parteien zu beobachtendes ist. Die Handlungen eines unfähigen Richters sind stets nichtig, denn sie sind gar keine richterlichen Handlungen, die eines verdächtigen dagegen sind richterliche, aber, wenn er nämlich wirklich für verdächtig erklärt ist, nur unvollkommene und deßhalb nicht unabänderlich verpflichtende, sondern zu rescindirende.

§. 3. Nothwendigkeit eines bestimmten Recusationsgrundes und Beantwortung der Frage, welches diese Gründe sind.

Daß nun aber, um einen Richter wegen Verdächtigkeit recusiren zu können, nicht die bloße Aufstellung der Meinung von Seiten der Partei, daß sie ihn für verdächtig halte, genügen könne, daß vielmehr hierzu auch eine nähere Begründung dieser Meinung gehöre, geht, abgesehen von den weiter unten zu erwähnenden positiven Vorschriften des canonischen Rechts, eines Theils daraus hervor, daß es im Processe überhaupt nirgends bloß auf Meinungen, sondern stets auf die Unterstützung und

Begründung derselben ankommt, andern Theils auch aus der engen Verbindung und Assimilation, welche zwischen der Unfähigkeit und Verdächtigkeit des Richters in processualischer Hinsicht herrscht. Denn wie ein Richter, wenn bei der Prüfung seiner Fähigkeit von Seiten des Staates irgend ein Mangel übersehen worden ist, nicht auf die bloße Meinung der Partei hin, daß er unfähig sey, für unfähig angesehen und removirt werden kann, sondern um dies herbeizuführen ein bestimmter, gesetzlich anerkannter [1]) Grund der Unfähigkeit erfordert wird, ebenso muß dies auch bei einem bloß verdächtigen Richter geschehen. Die Praxis hat dies sowohl, als auch die prozessualische Gleichstellung bei den Ausführungen der Parteien überhaupt längst gefühlt und richtig beobachtet, wie auch in dem Namen, mit dem sie diese Ausführungen als exceptiones judicis inhabilis und suspecti bezeichnet, angedeutet wird. Wäre ferner aber auch zur Verdächtigung eines Richters nicht die Anführung eines Grundes erforderlich, käme es vielmehr bloß auf die Aeußerung einer Meinung der Partei an, so wäre damit der Chikane Thor und Thür geöffnet, da die Möglichkeit eines Rechtsschutzes und der richterlichen Beurtheilung eines streitigen Verhältnisses nur von dem Belieben einer oder der andern Partei abhängen würde, ob sie nicht jeden möglichen Richter als verdächtig recusiren wolle. Es muß daher die Angabe eines bestimmten Grundes, auf welchen sich die Meinung der Partei über die Verdächtigkeit

---

[1]) Gemeinrechtlich werden zu einem fähigen Richter erfordert: männliches Geschlecht, Vollendung eines bestimmten Alters (18 Jahr nach römischem, 20 Jahr nach canonischem Recht), Freiheit von bestimmten körperlichen und geistigen Gebrechen, bürgerliche Unbescholtenheit, gehörige Rechtskenntniß, gehörige Vereidigung und deßhalb Bekenntniß der christlichen Religion, endlich Nichtbetheiligtseyn beim concreten Rechtsstreite. — Zu vergleichen sind hierüber Linde, Lehrbuch §. 79, Brackenhoeft's Erörterungen dazu S. 198, Bayer's Vorträge S. 102 und überhaupt alle Lehr- und Handbücher des Civilprozesses. —

des Richters stützt, für erforderlich gehalten werden, um den letzteren recusiren zu können, und es fragt sich nun nur, welches diese Gründe sind. Die gemeinrechtlichen Rechtsquellen bieten insofern einen festen Halt für die Beantwortung dieser Frage dar, als sie selbst bestimmte einzelne Gründe namhaft machen; daß sie jedoch hiermit die Frage nicht erschöpfen wollen, lehrt die Beschaffenheit und Zusammenstellung dieser Gründe am Deutlichsten. Das römische Recht erwähnt nur die Feindschaft des Richters gegen eine Partei [2]) im Allgemeinen, das canonische Recht führt aber noch mehrere andere Gründe an, die zwar ebenfalls im Ganzen darauf zurückgeführt werden können, daß sie eine solche Feindschaft motiviren, die aber dennoch hier besondere Aufmerksamkeit verdienen, weil in ihrer Aufstellung nicht nur die bereits entstandene Feindschaft, sondern auch schon die bloße Möglichkeit einer solchen, d. h. Freundschaft für die Gegenpartei, als Grund der Verdächtigkeit angegeben wird. Es sagt nämlich, daß auch die Verwandtschaft des Richters mit der einen Partei für die andere einen Grund zur Recusation des Richters darbiete [3]), daß ferner der Umgang des Richters mit Personen, welche an dem Ausgang des Prozesses ein Interesse haben, oder mit solchen, welche diese letztern begünstigen [4]), oder gar mit der einen Partei selbst [5]), daß seine frühere Advocatur in der gerade anhängigen Sache [6]), oder der Umstand, daß er als Partei eine gleiche Sache anhängig hat [7]), oder daß eine der streitenden Parteien in einer andern Sache gegen sein Erkenntniß appellirt hat [8]), ihn verdächtigen. Auch die deutsche Reichsgesetzgebung hat

[2]) Fr. 9 pr. D. de liberali causa (40, 12). —
[3]) c. 36 X. de appellat. (2, 28). —
[4]) c. 4 X. ut lite non contest. (2, 6). —
[5]) c. 25 X. de off. et pot. jud. deleg. (1, 29.) —
[6]) c. 36 X. de appell. (2, 28). —
[7]) c. 18 X. de judic. (2, 1). —
[8]) c. 6 und 24 X. de appell. (2, 28). Dieser Verdachtsgrund wird

diese Gründe, wenn auch nicht einzeln und namentlich, doch im Allgemeinen bestätigt, indem sie die Vermeidung solcher Verhältnisse anordnet und für den Fall, daß sie dennoch vorkommen sollten, den Richtern anbefiehlt, sich der Entscheidung zu enthalten [9]). Ausgedehnt und erweitert sind hier diese Gründe noch insofern, als auch die Verwandtschaft des Richters mit dem Advocaten der einen Partei für die andere einen gültigen Recusationsgrund abgeben soll [10]), und als überhaupt jedes Verhältniß des Richters zu einer Partei, welches einen Verdacht der Parteilichkeit begründen kann, als Recusationsgrund anerkannt wird [11]). Die Praxis, wie sie in den Schriften der Prozeßlehrer, namentlich der ältern, bezeugt wird, hat sich daher bemüht, noch neben den ausdrücklich in den Gesetzen erwähnten einzelnen Verdachtsgründen eine Menge anderer aufzustellen und so dieselben möglichst zu specialisiren, namentlich hat man noch hierher gerechnet die Schwägerschaft des Richters mit der einen Partei [12]), den Umstand, daß der Richter von einer Partei oder ihrem Rechtsbeistande im Testamente bedacht ist [13]), daß er selbst mit einer Partei in einen Rechtsstreit verwickelt ist [14]), oder daß er von ei-

---

jedoch von der Praxis, die sich hierbei besonders auf den Widerspruch des römischen Rechts in fr. un. D. apud eum, a quo appellatur etc. (49, 12) stützt, als solcher nicht anerkannt. —

[9]) Vergl. Reichs-Hofrathsordnung von 1650, Th. I. §. 18; Concept der Kammergerichtsordnung I. 19, 5; Kammergerichts-Visitations-Abschied zu Speyer von 1713 §. 44, 62, 67. —

[10]) Nach dem Speierschen Deputations-Abschied von 1557 §. 34 und dem Concept der Kammergerichtsordnung I, 5, 18 darf der Bruder nicht Beisitzer in einer Sache seyn, in welcher der Bruder als Procurator fungirt. Vergl. noch Schulting, de recusat. jud. c. 9 §. 7 und Lauterbach, colleg. theor. pract. V. 1 §. 39. —

[11]) Speierscher Visitations-Abschied von 1713 §. 44. —

[12]) Lauterbach, a. a. O. — Claproth, Einleitung §. 46, S. 176. Nr. 5. —

[13]) Claproth a. a. O. Nr. 3. —

[14]) Claproth a. a. O. Nr. 4. —

ner Partei als Zeuge in diesem Prozesse gebraucht worden ist [15]). Wie wenig jedoch eine solche Specialisirung gelungen ist, beweist der Umstand, daß fast alle diese von einigen Rechtslehrern als von der Praxis angenommene gültige Verdachtsgründe von andern [16]) bestritten sind; auch scheint eine solche Specialisirung aller möglichen Verdachtsgründe gegen den Richter, völlig unzulässig, ja geradezu unmöglich zu seyn, da eine vollständige Aufzählung aller möglichen, den Verdacht der Parteilichkeit erweckenden Verhältnisse ihrer großen Verschiedenheit wegen sich nicht geben läßt, da ferner die Begründung des Verdachts nicht immer bloß in dem Vorhandenseyn eines solchen Umstandes, sondern mehr noch in begleitenden Nebenumständen liegen wird, auf der andern Seite aber auch der Annahme einen Verdachts auf Grund eines solchen Umstandes das Vorhandenseyn eines andern Verhältnisses entgegenstehen kann. Denn man wird gewiß zugeben müssen, daß die Verwandtschaft des Richters mit einer Partei oder seine frühere Advocatur für dieselbe in der seiner Entscheidung vorliegenden Sache für die Gegenpartei keinen Recusationsgrund abgeben könne, wenn er jetzt mit der erstern in Feindschaft lebt, oder auch mit der andern Partei gleich nahe verwandt ist, oder die Advocatur eben deßhalb aufgegeben hat, weil er von dem Rechte des Gegentheils überzeugt war und das Unrecht nicht vertreten wollte. So lassen sich aber bei jedem der aufgestellten Verdachtsgründe Gegengründe denken, welche die Annahme eines Verdachts im concreten Falle troß dem Vorhandenseyn der

---

[15]) Dieser Grund beruht auf einem argumentum e contrario aus fr. 25 D. de test. (22, 5), wonach derjenige, der in einer Sache Richter gewesen ist, in derselben nicht Zeuge seyn soll; hiermit hängt auch die Bestimmung in c. 40 X. de test. (2, 20) zusammen, nach welcher der Richter, dessen Zeugniß nothwendig ist, als Richter verbeten werden kann, eine Bestimmung, die nur darauf beruht, daß den Parteien die Mittel zur Rechtsverfolgung nicht entzogen werden sollen.

[16]) Vergl. Huber, praelect. tit. de judiciis Nr. 19; Mevius, P. IV. dec. 167; Leyser, spec. 67. med. 1. —

erstern verhindern und man kann daher die angeführten Gründe nicht als absolute, stets wirkende Verdachtsgründe betrachten und ein vollständiges Verzeichniß derselben anfertigen wollen. Man wird vielmehr das Urtheil über die Zulässigkeit und Wirksamkeit eines Recusationsgrundes im concreten Falle stets dem richterlichen Ermessen überlassen müssen [17]), welches hierbei nicht nur von dem bloßen Vorhandenseyn eines verdächtigenden Verhältnisses, sondern auch von der Erwägung aller Nebenumstände, namentlich auch von der Rücksicht, ob nicht Gegengründe den anscheinenden Verdachtsgrund wiederaufheben, geleitet werden muß. Denn auch die in den Gesetzen ausdrücklich erwähnten Recusationsgründe dürfen nur als gesetzliche Präsumtionen für die Verdächtigkeit des Richters angesehen werden, da ihr Vorhandensein die Unverdächtigkeit des Richters nicht unbedingt ausschließt, sondern deren Gegentheil nur dann begründet, wenn sie nicht durch Gegengründe entkräftet worden sind. Außer den in den Gesetzen ausdrücklich namhaft gemachten Gründen muß aber auch jedes Verhältniß des Richters, aus dem sich eine Vorliebe desselben für eine Partei oder ein Haß und Widerwillen gegen die andere vermuthen und den menschlichen Schwachheiten nach eine ungleiche Beurtheilung beider Parteien herleiten läßt, einen solchen abgeben, wie dies eben durch jene in den Quellen genannte Gründe, welche nur als Beispiele dienen sollen, gezeigt wird. Allerdings kann nun so nicht eine bestimmte Grenze für den Umfang der Verdachtsgründe gezogen werden, was dennoch der Praxis nothwendig zu seyn schien und was sie denn auch hier und da [18])

---

[17]) Vergl. SCHULTING, de recus. jud. cap. 8. §. 5. — HARTMANN PISTOR, pract. observat. Lit. 1. obs. 9. — SCHAUMBURG, princ. prax. c. 2. gen. §. 6. Not. 2. — Gesterding, Archiv für civilrechtliche Praxis Th. VI. S. 247 und in der Ausbeute von Nachforschungen Th. I. S. 97 ff. Bayer, Vorträge p. 105. —

[18]) Claproth a. a. O. Nr. 10; Danz, Grundsätze §. 24 Note 1; auch LAUTERBACH, a. a. O. §. 40 pflichtet dieser Meinung bei, stimmt jedoch zugleich der andern Meinung bei, nach der die Beurtheilung der Verdachtsgründe dem arbitrio judicis überlassen ist.

durch die Aufstellung des Satzes, daß jeder Grund, der einen Zeugen verdächtige, auch wider den Richter wirken müsse, zu erreichen gesucht hat. Allein die Unbegründetheit dieses Satzes ergiebt sich aus der Verschiedenheit, welche zwischen den Functionen eines Richters und denen eines Zeugen herrscht [19]), und aus dem Umstande, daß der Richter schon aus einem Grunde verdächtig seyn kann, der bei einem Zeugen nicht einmal möglich ist, seine Unzulänglichkeit und Untauglichkeit für den beabsichtigten Zweck aber daraus, daß auch die Verdachtsgründe gegen Zeugen gemeinrechtlich nirgends in bestimmter Anzahl festgestellt sind.

§. 4. Geschichte der Recusation:

a) im römischen Recht.

Die Wichtigkeit der Recusationsgründe für das heutige gemeine Recht wird nun am Deutlichsten eine kurze Geschichte der Recusation des Richters zeigen, deren Aufnahme hier auch noch dadurch gerechtfertigt wird, daß sie eine Uebersicht des dabei in den verschiedenen Zeiten beobachteten Verfahrens giebt und die Grundzüge des jetzt nach Maaßgabe unserer Veränderungen im Justizwesen zu beobachtenden enthält.

Nach römischem Recht hing die Thätigkeit des judex datus, welcher vom magistratus zur Entscheidung des einzelnen Rechtsstreites bestellt ward, bloß von der Uebereinkunft der streitenden Theile [20]) ab und derselbe konnte daher auch ganz ohne alle Angabe eines Grundes recusirt werden; es genügte hierzu, daß eben der zur Ausübung seines Richteramts erforderliche freie Wille der Parteien nicht vorhanden war und daß die eine oder die andere Partei erklärte, sie wolle sich dem Urtheil des Richters nicht unterwerfen. Dies that die Partei in der Regel mit den in

---

[19]) Vergl. Gesterding a. a. O. —

[20]) Vergl. Cicero pro Cluent. c. 43: »Neminem voluerunt majores nos[illegible] [illegible]ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inte[illegible] [illegible]ersarios convenisset.« —

Bezug auf den judex gegen den Magistrat gerichteten Worten : ejero, iniquus est, welche weiter Nichts bedeuteten, als hunc nolo, nolo eum eligere [21]). In späterer Zeit wurde zwar die freie Wahl der Richter durch die Parteien beschränkt, aber auch die Gesetze aus dieser Zeit sagen nur, daß die Partei, welche einen Richter recusiren wolle, blos zu erklären habe, daß derselbe ihr verdächtig sei [22]). Zwar könnte man hiergegen einwenden, daß dies mit der Erwähnung der Feindschaft als eines Verdachtsgrundes wider den Richter in fr. 9. pr. D. de liberali causa (40,12) nicht übereinstimme, daß vielmehr wegen dieser Stelle auch nach römischem Recht die Angabe eines Verdachtsgrundes nothwendig gewesen zu seyn scheine; allein dieser Einwand wird durch den ganzen Zusammenhang dieser Stelle beseitigt, indem dieselbe nicht von der Verdächtigung eines Richters als Richter, sondern nur von der Verhinderung einer gemeinschaftlichen Beurtheilung mehrerer Rechtssachen durch ein und denselben Richter handelt; der hier angeführte Grund erscheint daher eigentlich nicht als ein Verdachtsgrund gegen den Richter, sondern nur als Grund, weßhalb die betreffende Partei diesen Richter nicht in allen ihren Rechtssachen gleichzeitig als Richter sich gefallen zu lassen brauche. Ueberdies geht auch die Unwichtigkeit der Angabe eines Verdachtsgrundes für den römischen Prozeß, die Nichtnothwendigkeit derselben, daraus hervor, daß noch nach Justinians c. un. C. ne liceat etc. (7, 70) der von dem Richter [23]) zur Entscheidung

---

[21]) Vergl. Cicero de orat. lib. II. c. 70 : »cum ei Flaccus multis probris objectis P. Mutium judicem tulisset, ejero, inquit, iniquus est.« Plinius, panegyr. c. 36 : »Sors et urna judicem assignat, licet rejicere, licet exclamare hunc nolo, timidus est et bona seculi parum intelligit . . . . Liberum est disceptanti dicere : nolo eum eligere.« — Festus sub voce ejuratio. —

[22]) Vergl. Nov. 17 c. 3; Nov. 82 c. 8. —

[23]) Zimmern, Rechtsgeschichte §. 31. S. 84 will dies auf den praefectus praetorio beschränken, aber mit Unrecht; denn die Stelle spricht in den Worten : »licentia danda litigatoribus, arbitro dato, ipsius audientiam, qui eum dedit, ante litem contestatam invocare« ganz

des Streites bestellte arbiter von der Partei ohne irgend eine Angabe eines Grundes recusirt und von ihr verlangt werden kann, daß der Richter selbst entscheide, eine Bestimmung, die ebenfalls auf das Recusationsrecht der Parteien wider den Richter angewandt werden kann, da hier der arbiter die Stelle des Richters vertritt und sich auch aus dem ausdrücklichen Beisatze, daß die Partei diesen Antrag vor der Litiscontestation stellen müsse, die sonstige Gleichstellung mit dem Recusationsgesuche wider den Richter selbst, ergiebt. So lange nun nur der judex datus die Instruction und Beurtheilung der einzelnen streitigen Rechtsverhältnisse, der ihn ernennende Magistrat aber mit diesen Geschäften strenggenommen Nichts zu thun hatte, konnte dieser Letztere natürlich auch nicht als verdächtig recusirt werden, wenn gleich auch seine Thätigkeit durch seine Fähigkeit bedingt war, wie aus fr. 10 D. de jurisdict. (2, 1) hervorgeht; seitdem er aber auch die Geschäfte des eigentlichen judex mit versah, also seit der Kaiserzeit, konnte auch er wie jeder Richter recusirt werden und zwar ebenfalls ohne Angabe von bestimmten Gründen [24]. Was aber die Zeit, wann die Recusation geschehen mußte und das dabei beobachtete Verfahren anbetrifft, so stand als unabänderliche Regel fest, daß sie vor der Litiscontestation [25]) geschehen mußte, nach derselben aber nicht berücksichtigt werden durfte; als Gründe dieser Vorschrift werden ausdrücklich erwähnt, ut apud unum judicem omne moveatur causae negotium und ne lites in infinitum extendantur; sie geschah, wenigstens in der spätern Zeit, durch einen besondern Libell an den zu recusirenden Richter oder, falls dieser nicht in derselben Provinz anwesend war, auch

---

allgemein von einem Rechtsstreite und dem Richter, der einen arbiter gegeben hat. Vergl. Brackenhoeft, Erörterungen S. 203 Note 19.

[24]) c. 12 C. de judic. (3, 1); Nov. 53 c. 3; Nov. 86 c. 2; Nov. 96. c. 2. —

[25]) Hierüber, so wie über das ganze Verfahren sind zu vergleichen: c. 12, 16, 18 C. de jud. (3, 1); Nov. 53 c. 3; Nov. 82 c. 8; Nov. 86 c. 2; Nov. 96 c. 2 etc. —

an eine andere Behörde und zwar von Seiten des Beklagten innerhalb 20 Tagen von der Insinuation des Klaglibells an gerechnet, weil dies die zur Litiscontestation gestattete Frist war; hierdurch wurde die Sache an den höhern Richter und wenn kein höherer existirte, an den Kaiser gebracht, der die Gerichtsbarkeit für diese Sache dann einem andern Richter delegirte; ward nun aber der so vom höhern Richter Delegirte wiederum recusirt, so mußten die Parteien innerhalb 3 Tagen arbitros erwählen, welche dann als vom höhern Richter für diese Sache delegirt angesehen wurden und diese zu beurtheilen und zu entscheiden hatten. Eine besondere Bestimmung findet sich noch in der Nov: 86 c. 2 hinsichtlich der praesides provinciarum, die darin besteht, daß wenn diese in einer von ihnen zu entscheidenden Rechtssache recusirt werden sollten, sie den Erzbischof beiziehen und mit diesem zusammen sich der Beurtheilung unterziehen sollen; daß nämlich hier nur von den Provincialvorstehern die Rede ist, zeigt der den Grund dieser Bestimmung enthaltende Schluß der Stelle: ut non cogantur nostri subjecti propter hujusmodi causas recedere a propria patria.

b) im canonischen Recht.

Diese Bestimmungen des römischen Rechts sind jedoch durch das canonische Recht ganz und gar umgestaltet worden, indem dieses nicht nur ausdrücklich die Anführung eines Recusationsgrundes, sondern auch den Beweis desselben erfordert [26]) und somit ein dem römischen Recht ganz unbekanntes Verfahren über die Begründetheit der Verdächtigung angeordnet hat, welches einen förmlichen, durch Erkenntniß zu beschließenden, besondern, für den Hauptprozeß präjudicirlichen Rechtsstreit bildet. In

---

[26]) Hierüber und über das im canonischen Recht vorgeschriebene Verfahren sind zu vergleichen: c. 15. C. 3 Qu. 5; c. 10 X. de foro compet. (2, 2); c. 36, 41, 61 X. de appell. (2, 28); c. 18 X. de judic. (2, 1); c. 25, 27, 39 X. de offic. et pot. jud. deleg. (1, 29) etc. etc. —

diesem soll bloß die Frage erörtert werden, ob eine gültige causa suspicionis vorhanden sey, und von seinem Ausgange hängt es erst ab, ob die vorgebrachte Recusation im Hauptprozesse berücksichtigt werden kann oder nicht. Eingeleitet wird er durch einen von der recusirenden Partei bei dem zu recusirenden Richter oder dessen Obern anzubringenden Antrag, auf welchen von beiden streitenden Theilen, oder, wenn der Kläger für einen erst anzustellenden bestimmten Prozeß den sonst competenten Richter recusiren will, von diesem nnd dem zu recusirenden Richter, ein oder mehrere arbitri erwählt werden sollen zur Entscheidung der Frage, ob eine gültige causa suspicionis vorhanden sey oder nicht. Dieser Antrag soll ebenfalls wie nach römischem Recht bis spätestens zur Zeit der Litiscontestation vorgebracht werden, jedoch auch später noch angenommen werden dürfen, wenn der Recusationsgrund erst nach der Litiscontestation entstanden oder zur Kenntniß der betreffenden Partei gekommen ist und sie dies eidlich bekräftigt, oder wenn diese Partei selbst erst später, z. B. als Intervenient, in den Prozeß eingetreten ist [27]). Wird nun hier die Recusation für nicht begründet befunden, so bleibt der recusirte Richter dennoch Richter und handelt als ob er gar nicht recusirt wäre; wird sie dagegen für begründet befunden, so muß er die Sache an den unmittelbar höhern Richter zur Cognition und Entscheidung abgeben. Uebrigens soll der recusirte Richter auch die ganze Untersuchung darüber, ob ein gültiger Recusationsgrund wider ihn vorliege, dadurch abschneiden können, daß er die Sache, in der er recusirt werden soll, einem geigneten Mandatar überträgt, der dann statt seiner das Richteramt für diese Sache verwaltet; jedoch wird hierbei vorausgesetzt, daß die recusirende Partei ihre Zustimmung ertheile [28]). Unterläßt aber

---

[27]) In diesem Falle kann der Grund als erst zur Zeit des Eintritts der Partei in den Prozeß entstanden angesehen werden, da erst mit diesem ihr die Möglichkeit, den Grund geltend zu machen, gegeben ist.

[28]) Vergl. c. 61 X. de appell. (2, 28) . . . . . . at ipsa probata le-

der recusirende Richter, dessen Verdächtigkeit für begründet anerkannt worden ist, die Sache an den höhern Richter zu transmittiren, so kann die Partei noch durch Appellation die Sache an den Letztern bringen [29]). Ob der höhere Richter aber, an den die Sache vom recusirten Richter transmittirt worden ist, dieselbe einem andern Richter zu delegiren, oder ob er selbst zu erkennen habe, ist nicht ausdrücklich ausgesprochen; für das Letztere scheinen die Worte des cap. 6. de appell. (2, 28) ... „vel ad superiorem transmittat, ut in eo ipso procedat, secundum quod fuerit procedendum" zu sprechen, jedoch lassen sie auch die Erklärung zu, daß er nunmehr anzuordnen habe, was Rechtens sey d. h. daß er die Sache, wie im römischen Recht ausdrücklich vorgeschrieben ist, einem andern, an die Stelle des recusirten Richters tretenden zu delegiren habe, eine Erklärung, für welche auch noch der Umstand spricht, daß so den Parteien nicht unnöthiger Weise eine Instanz entzogen und ein anscheinender Widerspruch des römischen und canonischen Rechts gehoben wird.

c) im deutschen Recht.

Die deutsche Reichsgesetzgebung hat nun an den erwähnten Bestimmungen des römischen und canonischen Rechts Nichts geändert; sie hat vielmehr ausdrücklich [30]) die Nothwendigkeit der Angabe von Verdachtsgründen bestätigt und hinsichtlich dieser, wie bereits oben erwähnt ist, auf die bereits im canonischen Recht bestehenden Vorschriften Bezug [31]) genommen, so daß also für

gitime de recusatoris adsensu personae idoneae committat negotium recusatus, vel ad superiorem transmittat etc. . . . . und c. 5 in 6 to de off. et pot. jud. deleg. (1, 14) : . . . . . post recusationem quoque propositam committere, nisi de recusatoris procedat assensu, non potest; sed eo volente hoc potest. . . . . —

[29]) c. 10 X de foro compet. (2, 2). —

[30]) Kammer=Gerichtsordnung v. 1555 Th. I. Tit. 22 §. 9 «rechtmäßige Ursachen des Verdachts»; Kammer=Gerichts=Visitations=Abschied von 1713 §. 67 : «aus trifftig und erweislichen Ursachen.» —

[31]) Kammer=Gerichtsordnung v. 1555 Th. I. Tit. 13 §. 13 . . . .

das jetzige gemeine Recht die Bestimmungen des römischen und canonischen Rechts noch maaßgebend sind, insoweit ihre Anwendung nicht etwa durch die veränderte Gerichtsverfassung der Gegenwart unmöglich geworden ist [32]). Welche Bestimmungen hiernach wegfallen müssen und wie beide Rechte in dieser Lehre mit einander verschmolzen und resp. nach Maßgabe anderer herbeizuziehender Grundsätze zu ergänzen sind, wird eine Erörterung des jetzigen Verfahrens bei der Recusation ergeben, welche denn hier noch zu liefern ist.

§. 5. Heutiges Recht hinsichtlich der Recusation und Verfahren bei derselben.

Zunächst muß nun hier die Möglichkeit der Recusation des Richters für jede Instanz anerkannt werden, da in jeder die allgemeinen Gründe für die Statthaftigkeit und Nothwendigkeit derselben in gleichem Grade vorhanden sind, sie auch positiv in dieser Beziehung nirgends beschränkt ist; sodann kann aber auch eben dieser Gründe wegen nicht bezweifelt werden, daß Jedem, welcher durch die zu ertheilende Entscheidung in seinen Rechten betroffen wird, das Recht auf die Recusation des Richters zustehen müsse, und es haben daher dies Recht nicht blos die beiden streitenden Hauptparteien, sondern auch die Nebenparteien, wie die Intervenienten, weil auch deren Rechte durch die Entscheidung festgestellt, ja bisweilen *sie allein* (wenigstens materiell) durch dieselbe betroffen werden, wie z. B. überall da, wo sie der Hauptpartei als Auctoren haften. Man hat zwar den Intervenienten dies Recht bestreiten wollen [33]), weil es einem

«dergestalt, daß er de jure möchte recusirt werden» . . . .; Reichs-Hofrathsordnung von 1650, I. §. 18 : . . . . «daß er in Rechten vor einen Richter oder Zeugen recusirt werden möchte.» . . . . . . —

[32]) Wie z. B. die Bestimmung wegen Zuziehung eines Erzbischofs von Seiten des recusirten Richters und wegen Uebertragung des Richteramts an einen Mandatar. —

[33]) Vergl. Schulting, de recusat. jud. susp. cap. 10 §. 3.

Dritten nicht erlaubt seyn könne, einen Richter zu verwerfen, mit dem die streitenden Theile selbst zufrieden sind, weil der Intervenient troz seinem Interesse bei dem Prozesse, das er bloß um überhaupt zugelassen zu werden nachweisen müsse, in dem Hauptstreite nicht Partei sey und durch seinen Beitritt auch weder in Ansehung des Gerichts, noch in Ansehung des Prozesses selbst Etwas geändert werde; allein diese Gründe können schon deßhalb, weil jeder Intervenient durch die Intervention mehr oder weniger beim Hauptstreite Partei wird, ebensowenig für stichhaltig gehalten werden, als die für eine Mittelmeinung [34]) angeführten, nach welcher nur dem mit der Principalintervention, nicht aber dem mit der accessorischen Auftretenden das Recht, den Prozeßrichter als verdächtig recusiren zu dürfen, eingeräumt werden soll. Denn wenn für diese leztere Meinung angeführt wird, daß nur der principaliter interveniens, der den bisherigen Parteien gegenüber als Kläger auftritt, wirklich Partei werde, nicht aber der accessorie interveniens, welcher weder selbstständig, noch mit einer Hauptpartei gemeinschaftlich, noch als eigentlicher Streitgenoß, sondern nur als Gehülfe erscheine, daß dieser nicht aus seiner Person exceptionem fori vorschützen könne, daß er daher auch den von der Partei selbst angenommenen Richter anerkennen müsse, weil er als zu dieser gehörig mit ihr nicht in Widerspruch stehen könne, und daß er überhaupt nur mit einem Advocaten zu vergleichen sey, der die Sache seines Clienten vertheidige, so beruhen diese Gründe eines Theils auf einer unrichtigen Auffassung des Verhältnisses zwischen dem accessorischen Intervenienten und der von ihm unterstützten Hauptpartei, andern Theils auf einer unrichtigen Vorstellung von dem Wesen der Recusation des verdächtigen Richters. Zwar ist es richtig, daß der accessorische Intervenient als solcher nicht selbstständig als Partei auftritt und daß er, wenn die von ihm un-

---

[34]) Vergl. Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen Th. I. S. 110 §. 11. —

terstützte Partei ihm die Führung des Streites allein überläßt[35]), nur als Stellvertreter derselben anzusehen ist, daß ferner auch zwischen ihm und dieser Partei kein eigentliches Litisconsortium besteht[36]), sondern höchstens nur ein uneigentliches[37]), da sie beide zusammen der Gegenpartei gegenüber nicht in ein und derselben Lage sind, Ersterer auch nur mittelbar am Ausgange dieses Streites betheiligt ist, dennoch aber ist zwischen beiden prozessualisch eine Verbindung anerkannt, vermöge deren sie gemeinschaftlich handeln können und insofern sie dies thun, hinsichtlich des Streitgegenstandes selbst als Eine Partei erscheinen, indem auch die Ausführungen des Intervenienten für die Rechte der eigentlichen Partei maaßgebend werden. Daß aber diese Verbindung eine engere ist, als die zwischen dem Advocaten und seinem Clienten, geht daraus hervor, daß die Handlungen des accessorischen Intervenienten nicht der Genehmigung der Hauptpartei bedürfen, während eine solche gerade das Haupterforderniß für die Gültigkeit der Handlungen des Advocaten ist; sind nun aber die Handlungen des accessorischen Intervenienten für den Hauptproceß entscheidend und trifft wiederum dieser in seinen Folgen den accessorischen Intervenienten, so kann auch nicht in Abrede gestellt werden, daß die Beziehungen des Richters zur Person der Intervenienten, welche einen Grund zur Recusation desselben darbieten, für diesen Prozeß ebenso wichtig sind, wie dergleichen Beziehungen des Richters zur Hauptpartei selbst, und daß dem accessorischen Intervenienten, dessen Handlungen eben wie die der Hauptpartei entscheidend sind und der neben und an der Stelle derselben auftritt, das Recht zustehen müsse, auf den Grund dieser die Gerechtigkeit des Richters verdächtigenden Beziehungen

---

[35]) Vergl. fr. 63 D. de re jud. (42, 1). —

[36]) Ein solches ist nur die Verbindung mehrerer Personen auf klägerischer oder beklagter Seite, die sämmtlich Eine unmittelbare Berechtigung am Streitgegenstande in Anspruch nehmen und in gleichem Verhältniß zum Gegner stehen. —

[37]) Wie es auch Bayer, Vorträge S. 51 genannt hat. —

denselben zu recusiren. Daß er den für seine Person incompetenten, für die Hauptparteien aber competenten Richter als competent anerkennen muß und also von dem Gebrauche der exceptio fori incompetentis ausgeschlossen ist, kann durchaus nicht berechtigen, ihm das hier in Rede stehende Recht versagen zu wollen, da in der Recusation, wie sich noch weiter unten zeigen wird, gar nicht die Einrede der Incompetenz enthalten, sie vielmehr gerade das Mittel ist, den im Allgemeinen competenten Richter von der Entscheidung eines seiner Gerichtsbarkeit unterworfenen besonderen Falles auszuschließen.

Jede Partei hat also das Recht zur Recusation und es frägt sich nun, wann und wie sie dasselbe auszuüben habe. Hinsichtlich der Zeit haben nun römisches und canonisches Recht als äußerste Grenze den Zeitpunkt der Litiscontestation festgestellt, der denn deßhalb mit den ebenfalls im canonischen Rechte angeführten Modificationen festgehalten werden muß. Der Kläger wird jedoch sein Recusationsgesuch schon spätestens mit der Klage einreichen müssen, weil jede Bekanntschaft mit einer zuständigen Rechtswohlthat auf Seiten des Berechtigten ohne Benutzung derselben als freiwilliger Verzicht auf dieselbe erklärt wird und folglich auch hier freiwilliger Verzicht auf Geltendmachung des Recusationsgrundes angenommen werden müßte; für den Beklagten kann aber vor der Litiscontestation ein solcher Verzicht nicht angenommen werden, da diese der Regel nach seine erste Prozeßhandlung ist; wollte er jedoch erst nach derselben den Recusationsantrag stellen, so würde auch ihm die Einrede des Verzichts entgegengestellt werden können. Man hat zwar die jetzige Unanwendbarkeit dieser Beschränkung für die Zulässigkeit des Recusationsgesuches behauptet [33]), weil, wenn überhaupt der Gebrauch dieser Rechtswohlthat in das freie Belieben der Partei gestellt sey, ihr auch überlassen seyn müsse, wann sie sich derselben bedienen wolle, und weil bei dem jetzigen Vorhandenseyn schriftlicher Acten

---

[33]) Vergl. Gesterding, Ausbeute I. S. 107 und im Archiv für civilistische Praxis Th. VI. S. 250. —

und überhaupt bei dem Unterschiede der römischen und der jetzigen Gerichtsverfassung die Gründe des römischen Rechts für diese Beschränkung nicht mehr paßten. Allein die Nothwendigkeit, warum, wenn die Vornahme einer prozessualischen Handlung der Partei überlassen ist, die Statthaftigkeit derselben nicht an eine bestimmte Frist gebunden werden dürfe, läßt sich durchaus nicht begründen; ja, das Gegentheil derselben wird sogar durch die ganze Lehre von den Fristen und Nothfristen dargethan; oder ist es etwa nicht ganz dasselbe, wenn die Partei, obgleich ihrem freien Ermessen überlassen ist, ob sie überhaupt appelliren will oder nicht, dennoch nach Ablauf der 10tägigen Nothfrist mit jeder Appellation ausgeschlossen ist und wenn sie nach erfolgter Einreichung der Klage und resp. Einlassung mit ihrem Recusationsgesuche abgewiesen wird, obgleich ihr das Recht, den Richter recusiren zu dürfen, eingeräumt ist. Der zweite angeführte Grund erweist sich aber ebenfalls als unhaltbar, da, wenn auch jetzt der neue Richter sich aus den vor dem zu recusirenden ergangenen Acten vollkommen von der Sache unterrichten und dieselbe da fortsetzen könnte, wo sie sich gerade zur Zeit der Recusation befindet, dennoch solches unnöthig, überflüssig und für den schwebenden Prozeß völlig gleichgültig seyn würde, weil bei dem Begründetseyn der Recusation alles bisher Geschehene ungültig seyn und insofern auch der Ausspruch der c. 12 §. 1 C. de jud. (3, 1):.. „apud unum enim judicem omne moveatur causae negotium“ in Wirksamkeit treten würde. Außerdem führt aber auch Justinian in der c. 16 C. eodem noch ausdrücklich als Grund für jene Beschränkung der Zulässigkeit des Recusationsantrages den an: „ne lites in infinitum extendantur“, ein Grund, welcher ebenso noch heute wie zu Justinians Zeiten existirt, da die nach eingeleitetem Verfahren und während desselben anzubringenden Recusationen jetzt nicht mindere Verzögerungen mit sich bringen würden, wie damals; die jetzt veränderte Gerichtsverfassung thut hierbei gar nichts, zumal auch das canonische Recht, welches schon den schriftlichen Prozeß kannte und dessen Gerichtsorganisation sich

der heutigen schon sehr genähert hatte, die Bestimmungen des römischen Rechts in diesem Puncte ausdrücklich bestätigt hat.

Die Recusation geschieht nun durch einen die Gründe derselben enthaltenden Antrag — die Nothwendigkeit der Gründe schreiben, wie oben erwähnt ist, canonisches und deutsches Recht ausdrücklich vor — der in der Regel bei dem zu recusirenden Richter anzubringen ist, in dessen Abwesenheit aber auch bei einer andern richterlichen Behörde oder auch gleich beim Oberrichter selbst angebracht werden kann, und es entsteht nun so ganz wie im canonischen Recht durch diesen neuen Antrag ein besonderer Rechtsstreit, welcher, eigentlich nicht gegen die Gegenpartei im Hauptprozesse, sondern gegen den Richter selbst gerichtet, von diesem als sonach Betheiligtem auch nicht entschieden werden darf und deßhalb an einen andern Richter abgegeben werden muß. Römisches und canonisches Recht bestimmen als solchen von den Parteien zu erwählende arbitros; nach dem heutigen Recht kann aber hierzu nur der Oberrichter competent seyn, da nur dieser über Befugnisse und Verbindlichkeiten des Unterrichters, um die es sich hier insofern handelt, als ihm das Recht, den concreten Streit entscheiden zu dürfen, bestritten wird und über dessen persönliche Verhältnisse zu einem Dritten, auf welche ihm gegenüber Rechte begründet werden, urtheilen kann. So oft also ein Richter recusirt werden soll, wird über die Triftigkeit der angeführten Gründe und über die Statthaftigkeit der Recusation der nächste Oberrichter zu entscheiden haben, und wenn es das höchste Gericht ist, gegen welches die Recusation gerichtet ist, so wird entweder die demselben vorgesetzte Regierungsbehörde (das Justizministerium) oder der Regent selbst für diese Entscheidung als competenter Richter angesehen werden müssen, von denen jedoch der Letztere dies Amt immer am Passendsten einer Commission übertragen wird. Vor dem so in den Prozeß eingetretenen neuen Richter wird nun die Begründung des Recusationsantrages verhandelt, die eines Theils in der Prüfung, ob eine genügende Ursache zur Recusation angegeben

ist, andern Theils in der Untersuchung, ob die angegebene Ursache auch bewiesen ist, besteht. Welche Ursachen hierzu für hinreichend erachtet werden können und müssen, ist bereits angeführt worden; dieselben können aber wiederum nur dann Einfluß auf den oberrichterlichen Ausspruch haben, wenn sie zur juristischen Gewißheit erhoben, d. h. wenn sie wirklich bewiesen [29]) sind. Die Mittel, durch welche dieser Beweis hergestellt werden kann, müssen der Natur der Sache nach im Ganzen dieselben seyn, die auch bei jedem andern rechtlichen Beweise vorkommen können; auch findet sich in den Gesetzen durchaus keine Beschränkung dieser allgemeinen Beweismittel, wohl aber in der Praxis eine Erweiterung derselben, indem diese noch ein neues, blos in diesem Falle mögliches Beweismittel, den sogenannten Perhorrescenzeid, geschaffen hat, dessen Natur und practische Bedeutung sogleich noch näher betrachtet werden soll. Am Schlusse dieses Verfahrens — des eigentlichen Recusationsverfahrens — ertheilt nun der Oberrichter ein Erkenntniß, in welchem er nach Maßgabe des abgesetzten Verfahrens die Recusation entweder als begründet anerkennt, oder als unstatthaft verwirft und in beiden Fällen das fernere, für den Hauptprozeß zu beobachtende Verfahren anordnet, welches im letzteren Falle einfach darin besteht, daß die Hauptsache an den zu recusirenden Richter zur ferneren Cognition und Entscheidung zurückgewiesen wird. Im erstern Falle aber, wenn er das Recusationsgesuch für begründet befunden hat, muß er die Hauptsache einem von ihm delegirten Richter übertragen, der dann an die Stelle des recusirten Richters

---

[29]) Vergl. c. 10 X. de foro compet. (2, 2): .....de causa suspicionis agatur, quae si probata fuerit esse justa.....; c. 41 X. de appell. (2, 28): .... si causa suspicionis intra terminum competentem probata non fuerit, tunc demum auctoritate sua judex utetur: ...; c. 61 X. eodem: ..... causa vero suspicionis legitima coram ipsis intra competentem terminum non probata, sua jurisdictione judex utatur....... —

tritt, wie dies das römische Recht ausdrücklich bestimmt und auch vom canonischen Recht nach der oben angeführten Interpretation bestätigt wird; denn daß er die Entscheidung der Hauptsache selbst an sich ziehen könne, dagegen spricht der Mangel jeder dies anordnenden gesetzlichen Bestimmung, indem auch das c. 61 X de appell. (2, 28) der oben angewandten Interpretation nach eine solche nicht enthält, auf der andern Seite aber auch der Umstand, daß die ausdrückliche Anordnung der Delegation im römischen Rechte für diesen Fall durch keine spätere Rechtsquelle aufgehoben worden ist. Aus diesen Gründen muß man sich aber auch gegen die Ansicht derjenigen Rechtslehrer[40]) erklären, welche dem Oberrichter die alternative Befugniß einräumen, entweder die Sache einem andern Richter zu delegiren, oder dieselbe vor sein Forum zu ziehen.

§. 6. Von dem Perhorrescenzeide; Begründung desselben.

Was nun den bereits erwähnten Perhorrescenzeid anbetrifft, so kann eine genauere Erörterung über denselben hier nicht umgangen werden, da er nur in die hier behandelte Lehre einschlägt und in der Praxis bei den meisten Recusationsgesuchen als leichtestes und für die Partei bequemstes Beweismittel benutzt wird. Sie dürfte aber auch nicht für uninteressant gehalten werden können, weil die Ansichten der Prozessualisten über diesen Eid bei dem Mangel aller und jeder gemeinrechtlichen Gesetze über denselben fast in allen einzelnen Punkten sich widersprechen, so daß die ganze Lehre über denselben nur Eine große Controverse ist. Das Einzige, worüber man in dieser einverstanden ist, besteht darin, daß er als ein besonderes Prozeßinstitut existirt und daß er daher auch eine besondere prozessualische Bedeutung und Wirkung haben muß; welches aber diese Bedeutung und diese Wirkung

---

[40]) Vergl. Linde Lehrbuch §. 82 und die daselbst Note 5 Angeführten.

Gewißheit zu verschaffen, und erst nach der Ableistung dieses Eides wurde der Richter für recusirt und für verpflichtet angesehen, sich der Ausübung der Gerichtsbarkeit in dem betreffenden Falle zu enthalten; diese Lehre schien nun den Päpsten, welche sich bemühten, auch die weltlichen Sachen soviel als möglich vor ihr forum zu ziehen, ein sehr geeignetes Mittel, wegen der dadurch, im Vergleich zu den canonischen Gesetzen, den Parteien gewährten Erleichterung der Recusation des Richters den Wirkungskreis der gewöhnlichen Richter zu beschränken, ihren eigenen aber zu erweitern und sie ließen deßhalb neben dem sonst im canonischen Rechte erforderten Beweise eines Recusationsgrundes auch diesen Eid mit derselben Wirkung zu. Wenn man nun auch dieser Ansicht über die Art der Entstehung des Perhorrescenzeides beipflichtet, so kann dies doch hinsichtlich der demselben hier eingeräumten Wirkung nicht geschehen, da sie in dieser Beziehung mit den ausdrücklichen Vorschriften des canonischen Rechts, welche zur Recusation des Richters überall Angabe eines Recusationsgrundes und Beweis desselben erfordern, in Widerspruch stehen würde. Es würde nämlich dadurch, daß man den bloßen Perhorrescenzeid ohne Angabe eines speciellen Grundes für genügend zur Recusation erachtet hätte, sich ein Gerichtsgebrauch gerade gegen die bestehenden Gesetze gebildet haben, der nie zu einer allgemeinen Gültigkeit hätte gelangen können, da ihm die Kraft, ausdrückliche Gesetze aufzuheben, versagt werden muß. Die gesetzlichen Vorschriften über die Recusation können daher durch die Einführung des Perhorrescenzeides nicht beschränkt oder aufgehoben worden seyn, sie müssen vielmehr auch neben diesem festgehalten werden, jedoch nicht etwa so, daß durch ihn das Recusationsverfahren erschwert und noch weitläufiger gemacht, sondern so, daß es abgekürzt und vereinfacht wird, wie dies der bei seiner Einführung beabsichtigte Zweck war. Dies läßt sich denn auch sehr leicht thun, wenn man den Perhorrescenzeid als Beweisergänzungsmittel betrachtet, neben welchem die Anführung eines Recusationsgrundes nothwendig ist und durch welches nur der bis-

in dieser Stelle die Entstehung und Begründung des Perhorrescenzeides finden wollen, allein ebenfalls mit Unrecht; denn dieselbe spricht durchaus nicht von einem verdächtigen Richter, sondern nur von der Furcht der Partei vor der Uebermacht ihres Gegners, an dem gewöhnlichen Gerichtsstande desselben und von der dadurch begründeten Unsicherheit dieses Ortes für die erstere und sagt, daß Jeder zwar in der Regel innerhalb des Gerichtssprengels (Diöcese), zu dem er gehört, belangt werden solle, daß aber in dem Falle, wenn der Kläger Furcht vor der Uebermacht des Beklagten an dessen ordentlichem Gerichtsstande habe und er dies dem Richter eidlich bestärke, der gewöhnliche Richter nicht erkennen solle, der Kläger vielmehr den Beklagten auch außerhalb seines gewöhnlichen Gerichtsstandes belangen könne und zwar ohne die Einrede des incompetenten Gerichts fürchten zu müssen. Von einem Verdachtsgrunde wider den Richter ist in dieser Stelle nicht die Rede und man kann deßhalb auch nicht den in ihr erwähnten Eid auf die Befürchtung, daß der Richter nicht Gerechtigkeit üben wolle oder könne, beziehen und darauf den heutigen Perhorrescenzeid stützen wollen. Richtiger scheint dagegen die von J. H. Boehmer im jus eccles. Prot. lib. II. tit. 2 §. 72 und 76 aufgestellte Begründung dieses Eides, wonach derselbe zunächst auf der irrthümlichen Erklärung der Glossatoren über die römische ejuratio, besonders ad c. 14 C. de jud. (3, 1) beruhen soll, welche durch den canonischen Gerichtsgebrauch angewandt und in die heutige Praxis übertragen worden sey. Nach der Glosse nämlich gehörte zur ejuratio weder die Anführung noch der Beweis eines Recusationsgrundes, wohl aber ein juramentum calumniae, um dem Richter vom wirklichen Vorhandenseyn eines Mißtrauens

---

missionis exprimere teneatur) primo fidem judici faciat saltem per proprium juramentum, judex nullatenus in causa procedat, sed partes a sua jurisdictione dimittens, impetrantem eundem in expensis legitimis alteri parti condemnet. —

nach sein Inhalt bloß auf das Vorhandenseyn einer Meinung bezieht, nicht aber auf die Wahrheit eines factischen Recusationsgrundes, dieser vielmehr zum Inhalte des Eides in gar keiner Beziehung steht, so kann er auch nicht als ein vollständiges Beweismittel wie ein Haupteid angesehen werden; gleichwohl scheint ihm nicht aller Einfluß auf den factischen Recusationsgrund abgesprochen werden zu können, da sonst seine Einführung nur eine Erschwerung der Recusation gewesen seyn würde, eine solche aber nicht nur nicht beabsichtigt wurde, sondern vielmehr das Gegentheil derselben erreicht werden sollte; denn gesetzlich wurden vor der Einführung des Perhorrescenzeides zur Recusation nur die Angabe eines speciellen Grundes und der Beweis desselben erfordert und es kam daneben auf die bona fides des Recusirenden, d. h. auf seine wahre Meinung über den Einfluß dieses Grundes auf den Richter weiter Nichts an; sollte nun mit der Einführung des Perhorrescenzeides auch noch die Herstellung der bona fides neben jenen gesetzlichen Erfordernissen für nothwendig erachtet worden seyn, so würde gerade das Gegentheil des beabsichtigten Zweckes herbeigeführt worden seyn. Man muß also dabei stehen bleiben, daß durch die Einführung des Perhorrescenzeides nicht ein neues Erforderniß für die Recusation des Richters außer den gesetzlich anerkannten hat geschaffen werden sollen und daß deßhalb auch diese letzteren allein zur Recusation noch vollkommen genügen; bei diesen kommt aber Alles auf die Wahrheit des factischen Recusationsgrundes an, da nur durch den Beweis desselben, nicht schon durch seine bloße Angabe, die beantragte Recusation für den Hauptprozeß wirksam werden kann; würde nun dieser Beweis auch neben dem Perhorrescenzeide noch nöthig seyn, so wäre der Letztere etwas völlig Ueberflüssiges, denn es genügt eben schon der einfache Beweis des Grundes zur Recusation. Der durch die Praxis gestattete Perhorrescenzeid muß daher schon ohne diesen Beweis für die Recusation von Bedeutung seyn und auf die sonst durch vollständigen Beweis herzustellende juristische Wahrheit des Recusationsgrundes, ohne welche die ganze Recu-

weilen schwierige und weitläufige Beweis des Recusationsgrundes durch andere Beweismittel erleichtert und abgekürzt werden soll. Diese Anschauungsweise scheint wenigstens die bei der Einführung des Perhorrescenzeides zunächst obwaltende gewesen zu sein; ob sie jedoch auch aufrecht erhalten werden könne, und ob nicht ein anderer Gesichtspunkt für die Beurtheilung dieses Eides gewählt werden müsse, läßt sich nur durch eine Betrachtung seines Inhalts d. h. seines eigentlichen Wesens und durch eine Vergleichung desselben mit den ausdrücklichen Gesetzen über die Recusation darthun, da er nur als ein Theil des von der Recusation als einem Ganzen Gültigen aufgefaßt werden und daher auch nur das von ihm gelten kann, was diesem Ganzen entspricht.

§. 7. Inhalt und Wesen desselben.

Der Inhalt des Perhorrescenzeides ist nun weiter Nichts als eine eidliche Bestärkung der Meinung, daß die perhorrescirende Partei kein Zutrauen zum Richter habe, daß sie wirklich glaube und dafür halte, daß der Richter nicht werde Gerechtigkeit üben können und wollen, und hiermit zugleich mittelbar die Bestätigung der Negative, daß sie nicht in der Absicht, den Proceß zu verlängern und den Richter oder ihren Gegner zu chikaniren, den Einwand der Verdächtigkeit vorgebracht habe. Er erscheint also nur darauf gerichtet, die bona fides des Recusirenden bei der Recusation außer Zweifel zu setzen und fällt daher unter den generellen Begriff eines Calumnieneides [45]), was denn auch geschichtlich dadurch bestätigt wird, daß seine muthmaßliche Quelle das von den Glossatoren bei der römischen ejuratio für nothwendig gehaltene juramentum calumniae ist. Wenn sich aber so-

[45]) Vergl. Gensler, Commentar zu Martin, herausgeg. von Morstadt, I. S. 93 ff.; Schmid, Handbuch des Proc. §. 26. — Hieraus folgt auch, daß er von einem Stellvertreter für die Partei abgeleistet werden darf, da die allgemeinen Regeln vom juramentum calumniae auch auf ihn Anwendung finden müssen.

ist, und sodann, daß er diesen den Gesetzen nach für die Recusation nothwendigen Beweis allein zu ersetzen unfähig ist. Hierauf gestützt muß denn bei der in der Praxis einmal anerkannten Statthaftigkeit dieses Eides der Fall, in welchem er zulässig und von Bedeutung seyn kann, zwischen diesen beiden äußersten Grenzen gesucht werden und es bleibt dann als solcher bloß der denkbar, daß zwar ein Beweis des Recusationsgrundes geführt ist, aber kein vollständiger, und daß somit der Perhorrescenzeid zwar nicht als vollständiges Beweismittel, wohl aber als ein Beweisergänzungsmittel zu betrachten ist. Daß jedoch der Beweis des Recusationsgrundes wenigstens bis zu dem Grade geführt seyn müsse, der einen Erfüllungseid zuläßt, wie dies die gewöhnliche Ansicht der Rechtslehrer[46]) ist, dagegen scheint eines Theils der Umstand zu sprechen, daß der Perhorrescenzeid nach der Praxis eben ein besonderer, auch eigens benannter Eid, nicht ein gewöhnlicher Erfüllungseid ist, andern Theils auch der, daß bei ihm, wie allgemein anerkannt wird, das Erbieten des Perhorrescirenden nothwendig ist, was, wenn er ein bloßer, dem Ermessen des Richters anheimgegebener Erfüllungseid wäre, ganz überflüssig seyn würde. Es braucht demnach für die Zulässigkeit des Perhorrescenzeides der Beweis des Recusationsgrundes nicht gerade soweit gediehen zu seyn, um die Auflage eines Erfüllungseides rechtfertigen zu können, es genügt vielmehr auch ein geringerer Grad, wenn nur überhaupt einiger Beweis oder einige Bescheinigung erbracht worden ist. Die Richtigkeit dieser Folgerungen läßt sich vielleicht auch durch eine Vergleichung mit dem andern

---

[46]) Vergl. Schulting, de recus. jud. susp. c. 8 §. 9; c. 12 §. 5; Wernher quaest. for. P. 5 obs. 165; Leyser, spec. 67 c. 3; Lauterbach, de jur. perhorr. Tub. 1656 und colleg. theor. pract. T. II. §. 42; Cocceji jus civ. controv. lib. XIII tit. 2 qu. 15; Heise und Cropp, juristische Abhandlungen B. II. S. 63 ff.; Bayer, Vorträge p. 107; Linde, Lehrbuch §. 81. —

sation unmöglich ist, einen Einfluß äußern, auf dessen Bestimmung es nun ankommt, um die praktische Bedeutung des Perhorrescenzeides gehörig würdigen zu können. In so fern nun der Perhorrescenzeid ein Eid des sonst Beweispflichtigen ist, ein Antragen oder Zurückschieben desselben aber nicht stattfindet, sondern nur ein Erbieten zu demselben, kann er nicht als Haupteid für den Beweis in Betracht kommen, sondern nur als ein möglicher Weise nothwendiger oder Hülfseid, der unter bestimmten Voraussetzungen vom Richter zur Vervollständigung des Beweises aufzuerlegen ist. Diese Voraussetzungen sind nun aber in formeller Hinsicht, daß die beweispflichtige Partei sich zu seiner Ableistung erboten hat, und in materieller Hinsicht, daß ein gültiger Recusationsgrund angeführt und seine juristische Wahrheit, wenn auch nicht vollständig bewiesen, doch einigermaßen bescheinigt ist; denn den etwaigen Mangel eines Recusationsgrundes kann der Perhorrescenzeid nicht ersetzen, weil er sich bloß auf die Meinung von der Verdächtigkeit des Richters bezieht, die eben durch das Vorhandenseyn eines bestimmten Grundes gestützt werden muß, weil sonst keine Sicherheit gegen eine etwaige bloße Chikane der Partei vorhanden wäre; die bloße Angabe dieses Grundes kann aber ebenfalls nicht genügen, wenn nicht für die Wahrheit desselben eine Garantie geboten ist, und diese Garantie, die streng genommen vollständig nur durch rechtlichen Beweis des Grundes gegeben werden kann und bis zur Einführung des Perhorrescenzeides auch nur auf diesem Wege gegeben werden konnte, soll nun auch durch diesen Eid gewährt werden können, selbst wenn kein vollständiger Beweis vorhanden ist; daß er jedoch allein den Beweis nicht ersetzen kann, geht daraus hervor, daß er unmittelbar zum Recusationsgrunde seinem Inhalte nach in gar keiner Beziehung steht, und er deßhalb auch diesen ohne Weiteres nicht zur juristischen Gewißheit erheben kann. Wir haben nun somit hinsichtlich des Perhorrescenzeides das doppelte negative Resultat gewonnen, einmal daß er neben und mit vollständigem Beweise des Recusationsgrundes völlig überflüssig seyn würde und folglich unzuläßig

2) denselben unter Beibringung einiges Beweises, der allein zur Erbringung juristischer Gewißheit über denselben nicht hinreichend ist, durch Ableistung des Perhorrescenzeides darthun will.

Die Wirkung beider Mittel ist dieselbe, denn auch der durch andere Beweismittel nur wahrscheinlich gemachte Recusationsgrund wird durch die eidliche Bestärkung seines Einflusses auf den Richter von Seiten der Partei ausnahmsweise zu einem juristisch gewissen. Gesterding a. a. O. p. 93 bestreitet zwar die Vereinbarlichkeit dieses Eides mit dem Vorhandenseyn eines Grundes und dem Beweise desselben, weil wenn der Richter den Grund für erheblich halte, der Eid überflüssig seyn würde; allein eines Theils ist dieser Eid gar nicht ein selbstständiger Perhorrescenzgrund, wie aus der Nothwendigkeit eines solchen neben ihm hervorgeht, andern Theils ist er erst ein Mittel, wodurch dem Richter die Möglichkeit geboten werden soll, über die Erheblichkeit des Grundes zu urtheilen, und soll er auch gar nicht neben einem vollen Beweise des Grundes, sondern nur neben einem unvollständigen, also eigentlich gar nicht neben einem Beweise, sondern bloß neben einer Bescheinigung stattfinden.

§. 9. Verschiedene andere Ansichten über den Perhorrescenzeid und Gründe gegen dieselben.

Von der hier aufgestellten Ansicht über den Perhorrescenzeid weichen jedoch die meisten Prozessualisten ab und es bedarf nun noch einer Erwähnung und Zusammenstellung der verschiedenen andern Auffassungen dieses Eides und der zu ihrer Unterstützung vorgebrachten Gründe, um durch den Beweis ihrer Unhaltbarkeit noch ein Gewicht mehr für die hier vertheidigte in die Wagschale zu werfen. Man hat nämlich:

a) wie bereits oben erwähnt ist, den Perhorrescenzeid als einen wahren Erfüllungseid betrachtet[47]), was jedoch aus den ebenfalls angeführten Gründen nicht geschehen kann;

[47]) Vergl. die in der vorhergehenden Note Angeführten.

Eide, bei dem ein Erbieten zu seiner Zulässigkeit nothwendig ist, nämlich mit dem Würderungseide darthun, bei dem zwar keine weitere Bescheinigung des durch ihn festzustellenden Werthes erfordert wird, dies aber auch darin seinen Grund findet, daß er unmittelbar auf diesen Werth gerichtet ist und somit seinem Inhalte nach als wirkliches vollständiges Beweismittel erscheint. Wäre nun der Perhorrescenzeid ebenfalls auf die Wahrheit des Perhorrescenzgrundes gerichtet und nicht bloß auf die erst aus diesem hergeleiteten Folgen, so würde auch er als Beweismittel desselben angesehen werden können; da dies aber nicht der Fall ist, so muß bei ihm noch ein Mehreres als die bloße Angabe des zu Beweisenden, welche beim Würderungseide genügt, erforderlich seyn; soviel als ein Erfüllungseid erfordert, der schon vor der Einführung des Perhorrescenzeides angewandt ward, kann dies aber nicht seyn, da sonst die durch den Perhorrescenzeid beabsichtigte Erleichterung der Recusation verfehlt seyn würde; denn daß auch der nicht vollständig erbrachte Beweis des Recusationsgrundes durch einen Erfüllungseid, wenn sonst die zu dessen Auflage erforderlichen Voraussetzungen vorhanden sind, ergänzt werden könne, läßt sich bei der allgemeinen Statthaftigkeit dieses Eides für die Ergänzung jedweden Beweises nicht bezweifeln.

§. 8. Resultat für das heutige Recht.

Nach dem Vorstehenden ist nun der Perhorrescenzeid seinem Inhalte nach ein Calumnieneid, der jedoch hinsichtlich seiner Wirkung als Beweisergänzungsmittel erscheint und unter der Voraussetzung eines speciellen Recusationsgrundes und einiges Beweises desselben wirksam wird; er ist ein Mittel, den vollständigen Beweis, welcher der Regel nach erforderlich ist, zu vermeiden und die Partei, welche den Richter recusiren will, hat, um zu diesem Zwecke gelangen zu können, die Wahl, ob sie

1) den in ihrem Recusationsgesuche anzuführenden Recusationsgrund nach den gewöhnlichen Regeln vom juristischen Beweise vollständig beweisen, oder ob sie

2) denselben unter Beibringung einiges Beweises, der allein zur Erbringung juristischer Gewißheit über denselben nicht hinreichend ist, durch Ableistung des Perhorrescenzeides darthun will.

Die Wirkung beider Mittel ist dieselbe, denn auch der durch andere Beweismittel nur wahrscheinlich gemachte Recusationsgrund wird durch die eidliche Bestärkung seines Einflusses auf den Richter von Seiten der Partei ausnahmsweise zu einem juristisch gewissen. Gesterding a. a. O. p. 93 bestreitet zwar die Vereinbarlichkeit dieses Eides mit dem Vorhandenseyn eines Grundes und dem Beweise desselben, weil wenn der Richter den Grund für erheblich halte, der Eid überflüssig seyn würde; allein eines Theils ist dieser Eid gar nicht ein selbstständiger Perhorrescenzgrund, wie aus der Nothwendigkeit eines solchen neben ihm hervorgeht, andern Theils ist er erst ein Mittel, wodurch dem Richter die Möglichkeit geboten werden soll, über die Erheblichkeit des Grundes zu urtheilen, und soll er auch gar nicht neben einem vollen Beweise des Grundes, sondern nur neben einem unvollständigen, also eigentlich gar nicht neben einem Beweise, sondern bloß neben einer Bescheinigung stattfinden.

§. 9. Verschiedene andere Ansichten über den Perhorrescenzeid und Gründe gegen dieselben.

Von der hier aufgestellten Ansicht über den Perhorrescenzeid weichen jedoch die meisten Prozessualisten ab und es bedarf nun noch einer Erwähnung und Zusammenstellung der verschiedenen andern Auffassungen dieses Eides und der zu ihrer Unterstützung vorgebrachten Gründe, um durch den Beweis ihrer Unhaltbarkeit noch ein Gewicht mehr für die hier vertheidigte in die Wagschale zu werfen. Man hat nämlich:

a) wie bereits oben erwähnt ist, den Perhorrescenzeid als einen wahren Erfüllungseid betrachtet[47]), was jedoch aus den ebenfalls angeführten Gründen nicht geschehen kann;

[47]) Vergl. die in der vorhergehenden Note Angeführten.

b) man hat ihn als selbstständigen Recusationsgrund angesehen, ohne daneben die Anführung oder den Beweis eines andern Grundes zu verlangen und sich dafür auf seinen blos das Mißtrauen der Partei gegen den Richter erklärenden Inhalt und auf einen angeblichen Satz der Erfahrung berufen, daß ein persönliches Mißtrauen gegen den Richter stattfinden könne, ohne daß sich dafür Gründe anführen ließen.[48]) Allein die bloße Ansicht der Partei über die Verdächtigkeit des Richters kann diese unmöglich begründen, wenn sie sich nicht auf eine Veranlassung zu stützen vermag, durch welche sie gerechtfertigt wird. Wäre die bloße subjective Meinung der Partei genügend, so könnte jeder Richter, auch der in der That unverdächtigste, recusirt und so am Ende für einen bestimmten Prozeß gar kein Richter gefunden werden, und es wäre damit jeder Partei ein Mittel gegeben, willkürlich die Entscheidung unmöglich zu machen und ihren Gegner des Rechtsschutzes zu berauben. Hierzu kommt, daß gesetzlich die Angabe eines speciellen Grundes, warum der Richter verdächtig seyn solle, erfordert wird, und daß die generelle Versicherung, man halte ihn für verdächtig, weiter Nichts als der Ausdruck der Folgen seyn würde, die aus jenem Grunde, also hier aus einer gar nicht angegebenen Thatsache, hergeleitet werden sollen. Findet aber auch wirklich ein Mißtrauen gegen den Richter statt, so müssen auch Vorgänge vorhanden seyn, durch welche es begründet wird; denn fehlen diese, so ist es kein Mißtrauen gegen den Richter, wenigstens kein zu rechtfertigendes, sondern nur eine leere allgemeine Aengstlichkeit, welche gar nicht gegen eine bestimmte Person gerichtet ist und folglich auch nicht gegen eine bestimmte Person von Folgen sein kann. Am Allerwenigsten kann

---

[48]) Vergl. J. H. Boehmer jus eccles. Prot. lib. II tit. 3 §. 72 sqq.; Quistorp, Beiträge Nr. 34; Glück, Commentar, T. VI p. 222; Thibaut, System III §. 1259; v. Bülow und Hagemann, practische Erörterungen II, 19; Gesterding a. d. angeführten Orten; Lotz, Abhandlungen N. 2.

anerkannte Begründetheit der Recusation auf die bisherigen Verhandlungen einen Einfluß äußert oder nicht, ob diese trotz jener als gültig fortbestehen können, oder ob sie dadurch als ungültig oder wenigstens als rescindirt erscheinen. Hierbei hängt nun Alles von dem Grunde des spätern Vorbringens der Recusation ab; denn wenn der Recusationsgrund selbst erst später, d. h. nach der Litiscontestation entstanden ist, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß sämmtliche Verhandlungen bis zum Entstehen des Recusationsgrundes, welche also schon zu einer Zeit vorgenommen wurden, wo der Richter noch gar nicht verdächtig war, von dem spätern Eintritt dieses Grundes nicht betroffen werden können und folglich als gültig und unanfechtbar fortbestehen müssen; hat jedoch der Recusationsgrund zwar schon zu Anfang des Prozesses bestanden, die Partei aber erst nach der Litiscontestation von dessen Existenz Kenntniß erlangt, so muß zwar die Möglichkeit einer Einwirkung der Recusation auf die Rechtsbeständigkeit der frühern Prozeßverhandlungen eingeräumt werden, aber es muß doch immer noch unterschieden werden, ob die recusirende Partei diesen möglichen Einfluß anerkannt und herbeigeführt sehen will, d. h. ob sie auf die Ungültigkeitserklärung der frühern Prozeßverhandlungen anträgt, oder nicht. Der Recusationsantrag an sich bezieht sich nämlich in der Regel bloß auf die *zukünftigen* Handlungen des Richters; er ist der Ausdruck einer Befürchtung von erst bevorstehendem Unrecht, eines Verdachts, daß ein solches eintreten könne und werde, nicht aber der bestimmten Behauptung, daß es schon eingetreten sey; will nun die Partei denselben auch auf schon vollendete, in der Vergangenheit liegende Prozeßverhandlungen ausdehnen, also behaupten, daß sie schon ein Unrecht erlitten habe, so muß sie dies bestimmt erklären, da der Natur des Recusationsantrages nach eine solche Erklärung nicht in ihm vermuthet werden kann; daß übrigens die Partei die Befugniß zu einer solchen Ausdehnung hat und daß auch dem Recusationsantrage die Fähigkeit auf frühere, vollendete Prozeßverhandlungen mitbezogen zu werden, nicht versagt werden könne, geht aus dem Umstande her-

stellt worden, daß der Perhorrescenzeid als specieller Calumnieneid bei jeder Recusation neben der Angabe eines speciellen Recusationsgrundes und dem vollständigen Beweise desselben nöthig sey; die Richtigkeit dieser Ansicht muß jedoch in Abrede gestellt werden, weil schon früher, bevor dieser Eid in Gebrauch kam, die Angabe eines speciellen Recusationsgrundes und vollständiger Beweis desselben zur Recusation genügten und weil eben durch die Einführung dieses Eides die Schwierigkeit, mit einem Recusationsgesuche durchzudringen, vermindert werden sollte, durch die Aufstellung desselben aber als eines neuen Erfordernisses neben den bisher hinreichend gewesenen dieser Zweck nicht erreicht worden wäre.

§. 10. Wirkungen der Recusation.

Wenn nun das eigentliche Recusationsverfahren beendigt, in demselben aber der Recusationsantrag für begründet anerkannt und die Hauptsache einem andern Richter überwiesen worden ist, so entsteht jetzt, wo nach Maaßgabe des canonischen Rechts die Recusation nicht immer vor der Litiscontestation geschehen muß, sondern auch noch im Laufe des Prozesses vorgebracht werden kann, die Frage, welches die Folgen und Wirkungen derselben für den bisher abgesetzten Theil des Prozesses sind. Im römischen Prozeß, wo die Recusation unter allen Umständen vor der Litiscontestation geschehen mußte, konnte diese Frage nicht vorkommen, da hier vor angebrachter Recusation auch ein eigentliches Prozeßverhältniß noch gar nicht entstanden seyn konnte, und dasselbe ist auch jetzt der Fall, wenn sie, wie es der Regel nach geschehen soll, vor der Litiscontestation angebracht ist. Ein Prozeß hat hier vor derselben noch nicht existirt und der neue delegirte Richter läßt ihn erst beginnen. Wenn nun aber erst während des Prozesses die Recusation vorgebracht worden ist, weil der Recusationsgrund erst während desselben entstanden ist, oder die Partei jetzt erst von demselben Kenntniß erhalten hat, oder sie selbst erst später in den Prozeß eingetreten ist, so fragt es sich, ob die nunmehr

Einrede immer nur gegen eine Klage gerichtet seyn und nur unter Voraussetzung einer solchen stattfinden kann, und daß die Recusation nicht immer vom Beklagten auszugehen braucht, sondern auch vom Kläger für eine erst künftig anzustellende Klage vorgebracht werden kann, so geht schon daraus die Unrichtigkeit einer solchen Subsumtion derselben unter den allgemeinen Begriff einer Einrede hervor, auch wenn man den materiellen Unterschied ihres Inhalts von dem der letztern nicht berücksichtigt. Der Inhalt der Einreden tritt nämlich dem Klagerechte, dessen Bestehen durch den Inhalt des Recusationsantrages nicht nur nicht getroffen, sondern sogar vorausgesetzt wird, gerade entgegen; er wird ferner auch der Gegenpartei gegenüber geltend gemacht, während der Inhalt des Recusationsantrages zwar formell, insofern er in einem bestimmten Prozesse vorgebracht wird, dieser ebenfalls entgegengestellt, materiell aber gegen den Richter, dem er ein Recht bestreitet, als Partei gerichtet ist, was auch dadurch anerkannt wird, daß über ihn nicht der recusirte Richter selbst entscheiden darf, sondern diese Entscheidung an den höhern Richter, dem auch er unterworfen ist, abgeben muß. Wird freilich die Recusation vom Beklagten vorgebracht und will man unter den Namen einer Einrede, wie das canonische Recht unter exceptio, jede Einwendung des Beklagten begreifen, insbesondere auch den Begriff der verzögerlichen Einreden auf alle Ausführungen desselben, wodurch die Art und Weise der Rechtsverfolgung beanstandet wird, ausdehnen, so kann die Recusation zu den Einreden und zwar zu den verzögerlichen gerechnet werden; allein einer strengen und consequenten Sonderung der Begriffe nach gehört sie nicht zu diesen. Sie ist und bleibt vielmehr stets die Einleitung eines besondern, für den jedesmaligen Hauptprozeß präjudicirlichen Streitverhältnisses, das seinem Wesen nach andere Parteien hat als der Hauptprozeß, und für welches auch ein anderer Richter competent ist. Ist sie aber keine verzögerliche Einrede, so kann sie auch keine gerichtsablehnende, namentlich nicht eine Art der exceptio fori incompetentis seyn, wie dies auch Gesterding in

seiner Ausbeute von Nachforschungen I. S. 105 und im Archiv für civilistische Praxis VI. S. 248 durch Zusammenstellung der zwischen beiden hervortretenden Verschiedenheiten gezeigt hat.

§. 12. Von der Recusation gegen ein Richter-Collegium und von dem Verfahren dabei.

Wenn man nun auch die Statthaftigkeit der Recusation gegen einen Einzelrichter allgemein anerkannt hat, so hat man dieselbe doch, namentlich in der ältern Zeit, gegen ein Richtercollegium bestreiten wollen, indem man von dem an und für sich ganz richtigen Satze, daß die persönlichen Verhältnisse der einzelnen Mitglieder des Collegiums zu einer Partei bei dem Collegium als solchem nicht obwalteten, ausgegangen ist, dabei aber übersehen hat, daß auch bei einem Collegium als einer juristischen Person solche Verhältnisse vorkommen können, die seine Gerechtigkeit, d. h. seinen Willen und seine Kraft, strenges Recht zu üben, verdächtigen, wie dies namentlich überall da der Fall ist, wo das Collegium als solches ein vermögensrechtliches Interesse am Ausgange des Prozesses hat[53]). Abgesehen daher von dem aus c. 10 X de foro compet. (2, 2) hergeleiteten Argumente, — wo nämlich die Statthaftigkeit der Recusation gegen die ein Collegium bildenden Consulen ausdrücklich anerkannt wird, gebieten die Natur der Sache und der Umstand, daß juristische Personen überhaupt den physischen Personen rechtlich gleichstehen, die Anerkennung der Möglichkeit, auch ein Richtercollegium wegen Verdächtigkeit zu recusiren und man kann dies auch nicht aus dem Grunde bestreiten, daß eine juristische Person überhaupt keine unerlaubte Handlung begehen und folglich auch einer solchen nicht verdächtig seyn könne; denn einmal ist dieser Satz noch bestritten[54]), sodann

---

[53]) Vergl. das von Gönner in seinen Erörterungen I sub N. III angeführte Beispiel.

[54]) Vergl. Sintenis, de delictis et poenis universitatum. Servestae 1825 und alle Lehr- und Handbücher des Civil- und Criminalrechts.

zeigt sich aber auch gerade seine prozessualische Unanwendbarkeit darin, daß allgemein gegen jeden Richter, der absichtlich seine Pflichten verletzt und zu Gunsten der strenggenommen nicht berechtigten Partei erkannt hat, also auch gegen ein Richtercollegium, mit der Syndicatsklage auf Schadensersatz geklagt werden kann, daß auch in diesem Falle die Möglichkeit einer unerlaubten Handlung von Seiten des Collegiums vorausgesetzt wird; daß aber auch hier nur die einzelnen Mitglieder als Urheber und Theilnehmer des vorgekommenen dolus belangt werden können, ändert daran, daß das Urtheil selbst eine Handlung des Collegiums als einer juristischen Person ist, durchaus Nichts. Wenn nun sonach die Möglichkeit und Statthaftigkeit der Recusation gegen ein Collegium anerkannt werden muß, so ist doch hier sowohl wegen des dabei zu beobachtenden Verfahrens, als auch wegen der ihr einzuräumenden Wirkungen ein Unterschied zu machen, ob

1.) der Recusationsgrund gegen das Collegium als solches, oder ob er

2) nur gegen die einzelnen Mitglieder desselben gerichtet ist.

Im erstern Falle, wo also das ganze Collegium als Gegenpartei des Recusirenden zu betrachten ist, kann dieses über die Statthaftigkeit und Begründung der Recusation nicht entscheiden; es muß vielmehr die Sache an seinen nächsten Obern abgeben, der dann, wenn die Recusation für begründet befunden wird, die Leitung und Entscheidung des Hauptprozesses einer besondern, an die Stelle des recusirten Collegiums tretenden Commission überträgt. Im letztern Falle dagegen, wo nur die recusirten einzelnen Mitglieder und nicht das ganze Collegium als Gegenpartei erscheinen, wird auch, so lange so viele nicht recusirte Mitglieder übrig bleiben, als zur Existenz eines Collegiums gehören, die Entscheidung über den durch die Recusation entstehenden Incidentstreit dem Collegium selbst nicht entzogen werden können; dasselbe bleibt vielmehr für denselben competent, da seine Existenz überhaupt nicht an bestimmte einzelne Mitglieder gebunden ist, und es hat bloß darüber zu halten, daß die recusirten einzelnen

Mitglieder bei der Entscheidung des Incidentstreites nicht mit votiren. Diese Ausschließung vom Votiren für die Hauptsache muß denn auch die einzige Wirkung einer solchen Recusation seyn, wenn sie für begründet befunden worden ist. Sind aber ferner so viele einzelne Mitglieder eines Collegiums recusirt worden, daß die zum Bestehen eines Collegiums überhaupt erforderliche Anzahl von nicht recusirten Mitgliedern nicht übrig bleibt, so ist zwar auch hier die Persönlichkeit des Collegiums nicht verdächtig gemacht und es kann diesem die Leitung und Entscheidung der Sache nicht entzogen werden, aber seine für den einzelnen Fall wegen Mangels an der gehörigen Anzahl von Mitgliedern erschütterte und factisch nicht wirkende Persönlichkeit muß erst durch die oberste Staatsgewalt mittelst Herbeiziehung anderer, besonders zu committirender Mitglieder wieder gestärkt und mit der Fähigkeit factisch wirken zu können, bekleidet werden; die übrig gebliebenen, nicht recusirten Mitglieder haben deßhalb die nöthigen Schritte zu thun. Ist dann in Folge dessen das Collegium wieder mit factischer Wirksamkeit versehen, so entscheidet es über den Incidentstreit, und bleibt auch, falls es die Recusationsanträge für begründet befindet, in seiner jetzigen Zusammenstellung für die Hauptsache competent, während es, falls die Recusationsanträge wenigstens so weit verworfen werden, daß wieder die zum Bestehen eines Collegiums erforderliche Anzahl nicht recusirter, ursprünglicher Mitglieder vorhanden ist, seine besonders für den Incidentstreit committirten neuen Mitglieder bei der Entscheidung der Hauptsache wieder zu entfernen hat.

II.

Bemerkungen über das Rechtsmittel der Cassation des französischen Prozesses und dessen Aufnahme in die deutsche Prozeßgesetzgebung.

Von

dem Herrn Hofgerichtsrath Geran
in Darmstadt.

Bei der gesetzgebenden Anordnung der Rechtsmittel gegen richterliche Erkenntnisse drängt sich die zwar vereinzelte, aber im Grundsatze wie in den Folgen höchst wichtige, Frage der Aufnahme des Rechtsmittels der Cassation des französischen Prozesses und dessen Vereinbarlichkeit mit dem Principe dreier Instanzen, so wie mit der Anordnung von Einzelrichtern in unterster Instanz mit ordentlicher, nach Gegenstand und Subjecten, wenige Ausnahmen abgerechnet, unbeschränkter Gerichtsbarkeit auf, es knüpft sich an diese Frage der Vereinbarlichkeit zugleich die Frage der Zweckmäßigkeit einer solchen Anordnung bei dem Systeme dreier Instanzen in Staaten, in welchen nach der räumlichen Ausdehnung des Staatsgebiets ein Oberappellations-Gericht als höchstes entscheidendes Gericht besteht.

Frankreichs Cassationshof ist ein uraltes Institut, er war in den älteren Zeiten ein Conseil du Roi, eine Art Staatsrath für

lichen Nichtzuständigkeit sich die Partei dieser Einrede bedient und das Gericht darauf nicht geachtet hat.

2) Wenn das an und für sich zuständige Gericht seine Gewalt überschritten hat, z. B. ein Bezirksgericht über eine Sache, worüber nur in zweiter Instanz von ihm hätte erkannt werden können, sogleich in erster Instanz erkannt hat.

3) Wegen verletzter Formen des Verfahrens ist bei Civilsachen der Cassationsrecurs nur unter folgenden Beschränkungen begründet:

a) Ist die nicht beobachtete Form ausdrücklich bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben, so findet deßhalb zunächst kein Cassationsgesuch statt, weil man in diesem Falle durch Einwendung des Rechtsmittels der requête civile von demselben Gerichte die Wiederaufhebung des Urtheils erwirken kann. Sobald das Gericht dies Rechtsmittel verworfen hat, ist das Rechtsmittel der Cassation aushülfsweise zuläßig.

b) Wegen Nichtbeobachtung solcher Formen, die nicht bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben sind, und auf welche sich die requête civile nicht bezieht, steht sogleich der Recursweg frei aus dem Grunde, weil die Nichtbeobachtung solcher Formen sich wenigstens als ein ausdrückliches Entgegenhandeln gegen das Gesetz darlegt.

4) Wenn das Urtheil seinem Inhalte nach einem ausdrücklichen Gesetze widerspricht.

Es wird hierunter jede materielle Ungerechtigkeit des Urtheils, soferne solche durch ein ausdrückliches Gesetz nachgewiesen werden kann, verstanden, seye es daß das vorhandene Gesetz ganz übersehen, oder nur irrig angewendet, oder die Thatsache unter ein anderes Gesetz als hätte geschehen sollen, unterstellt worden ist, wobei bei zweifelhafter Gesetzesauslegung der Cassationshof nur seine Meinung für den allein wahren Sinn des Gesetzes annimmt und die auf anderer Auslegung beruhenden Urtheile cassirt.

Die von der Civilkammer des Cassationshofs ausgesprochene Cassation hat nur die Wirkung, daß das angefochtene Erkennt-

der Gesetze, ist der Cassationsrecurs abgeleitet, der Zweck der Zulassung des Cassationsrecurses in dem einzelnen Falle ist nicht sowohl Schutz und Herstellung des concreten Parteienrechts, als vielmehr Aufrechthaltung des Gesetzes in seiner richtigen Anwendung im Allgemeinen öffentlichen Interesse.

Aus dem Gesichtspuncte einer Staatssache ist diese Anordnung nach dem Grundprincipe aufgefaßt, darum auch die Zulassung des Cassationsrecurses nicht den objectiven Beschränkungen unterworfen, welchen das für gekränktes Parteienrecht gewährte Rechtsmittel der Appellation unterliegt.

Nach den Grundsätzen des französischen Rechts kann Cassation gesucht werden

1) von der Partei, welche sich durch ein Erkenntniß verletzt glaubt und zwar in diesem Falle mit Rückwirkung auf das Parteienrecht, und

2) in dem Falle, wo die verletzte Partei das Rechtsmittel nicht ergreift, von dem Generalstaatsprocurator des Cassationshofs, welchem ein Urtheil von den Staatsanwälten der Appellationshöfe der Bezirksgerichte als form- oder gesetzwidrig angezeigt worden ist und zwar im Interesse des Gesetzes, in diesem Falle jedoch ohne Rückwirkung auf das Recht der Parteien.

Der Cassationsrecurs ist zulässig gegen alle in letzter Instanz gefällten definitiven wie interlocutorischen Erkenntnisse, das Gericht mag in erster und letzter, oder in zweiter Instanz erkannt haben. Gegen Erkenntnisse, gegen welche eine Berufung an eine weitere Instanz frei steht, findet nie Cassation statt, wenigstens nicht von der Partei. Gegen die Erkenntnisse der Friedensgerichte kann nur in den beiden ersten der nachbezeichneten Fälle Cassation gesucht werden.

Die Fälle, in welchen das französische Recht den Cassationsrecurs zuläßt, sind die folgenden:

1) Wenn das Gericht hinsichtlich der Sache oder Person nicht zuständig war, vorausgesetzt, daß im Falle der blos persön-

Das Rechtsmittel der Cassation hat nur in folgenden Fällen Suspensiveffect:

1) wenn es gegen ein Urtheil gerichtet ist, welches die Scheidung einer Ehe erkennt, und den obsiegenden Theil anweiset, solche von dem Beamten des Civilstandes aussprechen zu lassen;

2) wenn eine Ehe für nichtig erklärt ist, jedoch nur in so weit, daß der Cassat verhindert wird, eine anderweite Ehe während des Verfahrens einzugehen;

3) wenn der öffentliche Schatz oder die Staatscasse zu einer Bezahlung verurtheilt worden, in welchem Falle entweder die Execution verschoben, oder von dem Gegner Caution geleistet werden muß[1]).

Ueber die Frage: ob und in wie weit die Uebertragung des Princips des französischen Cassationsrecurses in unsere deutsche Prozeßgesetzgebung, namentlich bei dem Systeme der drei Instanzen politisch räthlich, und ausführbar seye? haben sich deutsche Rechtsgelehrte in verschiedenartigem Sinne ausgesprochen.

Feuerbach giebt in seinem mehrallegirten Werke über Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Gerichtsverfahrens der dritten Instanz bei einem Oberappellationsgerichte den Vorzug vor der Anordnung eines Cassationshofes, worin ich ihm überhaupt, insbesondere aber in dem Falle beistimme, wenn wie in Frankreich die Gerichte an die Ansichten des Cassationshofs weder in dem zu entscheidenden Fragefalle, noch in künftigen Fällen gebunden sind. Mittermayer in seinem Werke: der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung rc. 3. Beitrag S. 184 sq. hat wie Feuerbach die Unvollkommenheit der Ausführung des dieser Institution unterliegenden Princips in der Organisation und Wirksamkeit des französischen Cassationshofs anerkannt, insbesondere den Nachtheil nicht verkannt, der aus der Unverbind-

---

[1]) Lehzen ausführliches System des französischen Civilprozesses. Hamburg 1812. §. 240. Code Napoléon art. 263.

niß seine Rechtskraft verliert, und von einem andern durch den Cassationshof bestellten Gerichte derselben Gattung wie dasjenige, dessen Urtheil aufgehoben wurde, von neuem erkannt werden muß, entweder blos auf neue mündliche Verhandlung, falls die Cassation nur das Urtheil betroffen hat, oder auch nach vorhergegangener neuer Instruction der Sache, wenn und soweit das Verfahren selbst als ungültig aufgehoben worden ist.

Die Cassationserkenntnisse sind stets mit Entscheidungsgründen versehen, allein sie haben keine Rechtskraft, und verpflichten das Gericht, an welches die Sache zur wiederholten Aburtheilung verwiesen wird, nicht; dieses kann vielmehr eben so erkennen wie das Gericht, dessen Urtheil aufgehoben wurde. Geschieht dies, so kann der unterliegende Theil aus denselben Gründen zum zweitenmale Cassation nachsuchen.

Ueber dieses zweite Cassationsgesuch entscheidet alsdann der Cassationshof in der Plenarversammlung unter dem Vorsitze des Justizministers.

Wird das Erkenntniß des entschieden habenden zweiten Gerichtshofs wiederholt cassirt, so wird die Sache zur Entscheidung an ein drittes Gericht gleichen Ranges verwiesen, welches aber ebenso wenig verpflichtet ist, sich dem Urtheile des gesammten Cassationshofs zu fügen. Wird von diesem Gerichte zum drittenmale eben so erkannt wie von dem ersten und zweiten Gerichte, so steht der Weg zum dritten Cassationsrecurse frei, worauf nun der Cassationshof die Acten zur authentischen Erklärung an den Justizminister einsendet, welcher die Entscheidung der gesetzgebenden Gewalt einholt.

Wenn ich nicht irre, so hat nach den neuesten gesetzlichen Bestimmungen in Frankreich die auf erhobenen zweiten Cassationsrecurs von der Gesammtheit des Cassationshofs ergehende Entscheidung verpflichtende Wirkung in ihren Motiven und Folgen für den dritten Gerichtshof, an welchen die Sache zur Aburtheilung verwiesen wird.

fassen werden und sollen, überdieß mit der Stellung des Oberappellationsgerichts als höchsten Organs des Gesetzes und der Rechtsprechung ein solcher Recurs nicht wohl vereinbarlich ist.

Die dem Cassationshof in Frankreich zu Grunde liegende Idee ist, wie vorbemerkt: Aufrechthaltung des Gesetzes gegen Gesetzesverletzungen durch richterliche Erkenntnisse, welche in der gewöhnlichen Instanzordnung durch ordentliche Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden können.

Der Cassationshof soll die Gesetze gegen die Gerichte aufrecht erhalten, seine Gewalt ist daher nicht wohl eigentliche Gerichtsbarkeit, als vielmehr ein Ausfluß der höchsten aufsehenden Gewalt, soferne diese über die Handhabung der Gesetze von Seiten der Gerichte wacht. Daß der Staat die Aufrechthaltung des Gesetzes in seinem wahren Sinne, sowie der Einheit der Rechtsprechung in der Gesetzesanwendung eine besondere Fürsorge zuwendet, darin beruht ein wichtiger Gegenstand der Staatsaufsicht, die desfallsige Idee der französischen Gesetzgebung ist darum an und für sich eine erhabene, die in ihrem Gefolge stehende Anordnung eines besonderen Cassationshofes erscheint aber, wie schon erwähnt, vorzugsweise nothwendig nur für einen Staat, für welchen Ein Oberapellationsgericht nach seiner räumlichen Ausdehnung unausführbar ist.

Diese hier angedeutete Fürsorge des Staats wurzelt allein in dem Staatsaufsichtsrechte über die Rechtsprechung und richtige Gesetzesanwendung, denn sie hat nicht die Zutheilung des wahren Rechtes in der einzelnen Streitsache zum Gegenstande, sondern die Aufrechterhaltung der richtigen Gesetzesanwendung im Allgemeinen.

Indem die französische Gesetzgebung diese Ansicht in der Bestimmung der Function des Cassationshofs festgehalten und demselben keine Befugniß der Entscheidung beigelegt hat, ist sie zwar consequent gewesen, allein die Ausführung der Idee verdient, wie schon bemerkt, den Vorwurf der Unvollkommenheit.

Die Ansicht derjenigen Behörde, welche das Recht hat, den Richterspruch eines andern Gerichts zu cassiren, hat damit vorherrschende Geltung, denn die entgegengesetzte Ansicht der Gerichte kann gegen sie nun aufkommen, und es soll sich, wenn der Zweck erreicht werden soll, daran auch die Folge knüpfen, daß die Gerichte auch an die Ansicht des Cassationshofs in der künftigen Zutheilung des Rechts, wie in dem auf erhobenen Parteienrecurs da, wo solcher zugelassen ist, von neuem zu entscheidenden speciellen Rechtsfalle gebunden sind, denn eine Ansicht muß im Staate die höchste und entscheidende sein, und ist sie dies, so soll sie auch für die Gerichte verpflichtend, nicht blos eine hemmende und zernichtende, sondern auch das wahre Recht im Erfolge gewiß herbeiführende sein.

Ein Mißbrauch der Gewalt ist bei Annahme eines solchen Grundsatzes nicht mit Grund zu fürchten, weil es an einem Motive hierfür bei einem Cassationsgerichte mangelt, und die gesetzgebende Gewalt deren Folgen beseitigen kann.

Wenn gleich, wie schon erwähnt, die Cassation gesprochener Urtheile als Ausfluß der Staatsaufsicht erscheint, ein Cassationshof sonach die höchste Aufsichtsbehörde über richtige Gesetzesanwendung bildet, Functionen des Rechtsprechens nicht unmittelbar selbst üben soll, so kann dennoch dabei ein Anstand weder des Systems, noch im Erfolge obwalten, wenn in einem nicht zu ausgedehnten Staate dem Oberappellationsgerichte nebenbei zugleich die Functionen des Cassationshofes in der Weise übertragen werden, daß in denen Fällen, in welchen eine Rechtssache bezüglich der streitigen Rechtsfrage nicht schon ohnehin im Wege des Parteienrecurses an dieses Gericht als Oberappellationsgericht gebracht wird, von Seiten des Staatsanwalts die streitige Rechtsfrage an dasselbe als Cassationshof zur Entscheidung und Feststellung gebracht werden kann.

Ob ein höchster entscheidender Gerichtshof oder ein besonderer Cassationshof die richtige Gesetzesanwendung und Einheit in der Rechtsprechung überwacht und sichert,

Nach sorgfältiger Erwägung bin ich zu der Ansicht gelangt, daß weil für Frankreich nach dessen räumlicher Ausdehnung die Anordnung eines einzigen Oberappellationsgerichts unausführbar ist, bei dem Systeme der zwei Instanzen und der großen Beschränkung der Rechtsmittel der Appellation in dem französischen Prozesse für diesen Staat zwar ein, das ganze Staatsgebiet umfassender besonderer Cassationshof eine zweckmäßige, ja nothwendige Institution bildet — abgesehen von der unvollkommenen organischen Einrichtung desselben, und der mangelhaften Wirkung dessen Entscheidungen, — daß aber für einen kleinen Staat, welchem ein Oberappellationsgericht, als höchstes zugleich entscheidendes Gericht vorgesetzt werden kann, ein solches Gericht bei weitem den Vorzug verdient, daß jedoch auch neben diesem höchsten entscheidenden Gerichte die dem französischen Cassationsrecurse zu Grunde liegende Idee in einer vervollkommneteren Ausführung in der Gesetzgebung festgehalten werden soll, weil ein Oberappellationsgericht zwar durch seine Entscheidungen die richtige gleichförmige Anwendung der Gesetze bis zu einem gewissen Grade sichert, bei der Feststellung gewisser appellationsfähiger Größen des Streitgegenstandes aber, und da auch bei dem Vorhandenseyn der erforderlichen Größe des Streitgegenstandes von dem Rechtsmittel der Oberappellation nicht in allen Fällen unrichtiger Gesetzesanwendung von den Parteien Gebrauch gemacht wird, mittelst dieses den Parteien verwilligten Rechtsmittels der Zweck des Cassationsrecurses nicht vollständig erreicht werden kann.

Der ersten zur praktischen Ausführung des Princips des französischen Cassationsrecurses zuvor angedeuteten Anordnung: den Parteien überall da, wo eine unter Strafe der Nichtigkeit gebotene Form des Verfahrens verletzt, oder in einem Urtheile eine Verletzung eines ausdrücklichen Gesetzes enthalten ist, das Recht des Recurses an das Oberappellationsgericht ohne Beschränkung auf die im Allgemeinen für das Rechtsmittel der Oberappellation festgesetzte Größe des Streitgegenstandes zu verstatten,

kann ich meine Beistimmung nicht geben, denn sie zerreißt ohne genügenden Grund das System, wälzt auf das Oberappellationsgericht eine nicht zu bewältigende Masse von Geschäften, und führt überdieß zu einer auf genügende Gründe nicht zu stützenden Ungleichheit in dem Gebrauche der Rechtsmittel mit Rückwirkung auf Parteienrecht, folglich zur Rechtsungleichheit. Der neueste Badische Gerichtsverfassungsentwurf von 1843 hat darum auch diese Bestimmung beinahe völlig wieder aufgehoben.

Ich finde vielmehr den zweiten der angedeuteten Wege, nämlich den Recurs durch den Staatsanwalt im öffentlichen Interesse für den allein mit dem Princip und Zweck des Cassations-Recurses vereinbarlichen und genügenden, sowie in ein richtiges System passenden, ich kann aber auch der diesem Recurse im Interesse des Staats zu Grunde liegenden Idee und dem damit bezielt werdenden Zwecke meine volle Anerkennung nicht versagen, wenn ich gleich in den Bestimmungen der französischen Gesetzgebung über den Umfang des Cassationsrecurses und dessen Erfolg eine nachtheilige Unvollkommenheit erblicken zu müssen glaube.

Sobald in einem Staate ein Oberappellationsgericht besteht, so ist die Bildung eines von diesem getrennten Cassationshofs unzulässig, weil in diesem Falle — soll der Zweck des Cassationshofes erreicht werden — auch die Entscheidungen des Oberappellationsgerichts dem Cassationsrecurse müßten unterworfen werden können und die Folge hiervon ein System von vier Instanzen seyn würde.

Ueberträgt man dem Oberappellationsgerichte nebenbei die Functionen des Cassationshofes, so ergiebt sich hieraus die nothwendige Folge, daß die Entscheidungen, welche das Oberappellationsgericht als Appellationsgericht ertheilt, nicht mit den Rechtsmitteln der Cassation angegriffen werden dürfen, weil der Zweck dieses Recurses solches nicht erfordert, indem Oberappellationsgericht und Cassationshof von denselben Personen gebildet werden, welche sonach über dieselbe Rechtsfrage dieselbe Entscheidung

fassen werden und sollen, überdieß mit der Stellung des Oberappellationsgerichts als höchsten Organs des Gesetzes und der Rechtsprechung ein solcher Recurs nicht wohl vereinbarlich ist.

Die dem Cassationshof in Frankreich zu Grunde liegende Idee ist, wie vorbemerkt: Aufrechthaltung des Gesetzes gegen Gesetzesverletzungen durch richterliche Erkenntnisse, welche in der gewöhnlichen Instanzordnung durch ordentliche Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden können.

Der Cassationshof soll die Gesetze gegen die Gerichte aufrecht erhalten, seine Gewalt ist daher nicht wohl eigentliche Gerichtsbarkeit, als vielmehr ein Ausfluß der höchsten aufsehenden Gewalt, soferne diese über die Handhabung der Gesetze von Seiten der Gerichte wacht. Daß der Staat die Aufrechthaltung des Gesetzes in seinem wahren Sinne, sowie der Einheit der Rechtsprechung in der Gesetzesanwendung eine besondere Fürsorge zuwendet, darin beruht ein wichtiger Gegenstand der Staatsaufsicht, die desfallsige Idee der französischen Gesetzgebung ist darum an und für sich eine erhabene, die in ihrem Gefolge stehende Anordnung eines besonderen Cassationshofes erscheint aber, wie schon erwähnt, vorzugsweise nothwendig nur für einen Staat, für welchen Ein Oberapellationsgericht nach seiner räumlichen Ausdehnung unausführbar ist.

Diese hier angedeutete Fürsorge des Staats wurzelt allein in dem Staatsaufsichtsrechte über die Rechtsprechung und richtige Gesetzesanwendung, denn sie hat nicht die Zutheilung des wahren Rechtes in der einzelnen Streitsache zum Gegenstande, sondern die Aufrechterhaltung der richtigen Gesetzesanwendung im Allgemeinen.

Indem die französische Gesetzgebung diese Ansicht in der Bestimmung der Function des Cassationshofs festgehalten und demselben keine Befugniß der Entscheidung beigelegt hat, ist sie zwar consequent gewesen, allein die Ausführung der Idee verdient, wie schon bemerkt, den Vorwurf der Unvollkommenheit.

die Ansicht derjenigen Behörde, welche das Recht hat, den Richterspruch eines andern Gerichts zu cassiren, hat damit vorherrschende Geltung, denn die entgegengesetzte Ansicht der Gerichte kann gegen sie nun aufkommen, und es soll sich, wenn der Zweck erreicht werden soll, daran auch die Folge knüpfen, daß die Gerichte auch an die Ansicht des Cassationshofs in der künftigen Zutheilung des Rechts, wie in dem auf erhobenen Parteienrecurs da, wo solcher zugelassen ist, von neuem zu entscheidenden speciellen Rechtsfalle gebunden sind, denn eine Ansicht muß im Staate die höchste und entscheidende sein, und ist sie dies, so soll sie auch für die Gerichte verpflichtend, nicht blos eine hemmende und zernichtende, sondern auch das wahre Recht im Erfolge gewiß herbeiführende sein.

Ein Mißbrauch der Gewalt ist bei Annahme eines solchen Grundsatzes nicht mit Grund zu fürchten, weil es an einem Motive hierfür bei einem Cassationsgerichte mangelt, und die gesetzgebende Gewalt deren Folgen beseitigen kann.

Wenn gleich, wie schon erwähnt, die Cassation gesprochener Urtheile als Ausfluß der Staatsaufsicht erscheint, ein Cassationshof sonach die höchste Aufsichtsbehörde über richtige Gesetzesanwendung bildet, Functionen des Rechtsprechens nicht unmittelbar selbst üben soll, so kann dennoch dabei ein Anstand weder des Systems, noch im Erfolge obwalten, wenn in einem nicht zu ausgedehnten Staate dem Oberappellationsgerichte nebenbei zugleich die Functionen des Cassationshofes in der Weise übertragen werden, daß in denen Fällen, in welchen eine Rechtssache bezüglich der streitigen Rechtsfrage nicht schon ohnehin im Wege des Parteienrecurses an dieses Gericht als Oberappellationsgericht gebracht wird, von Seiten des Staatsanwalts die streitige Rechtsfrage an dasselbe als Cassationshof zur Entscheidung und Feststellung gebracht werden kann.

Ob ein höchster entscheidender Gerichtshof oder ein besonderer Cassationshof die richtige Gesetzesanwendung und Einheit in der Rechtsprechung überwacht und sichert,

das ist im practischen Resultate gleich, soferne der Cassationshof, wie sich von selbst versteht, in seiner Rechtsprechung dieselbe Unabhängigkeit hat, wie die Gerichte, und es kann auch eine Systemwidrigkeit darin nicht gefunden werden.

Das Oberappellationsgericht ist das höchste Organ der Gesetzesanwendung und Rechtsprechung, und es läßt sich aus seiner richterlichen Function die gleichzeitige Function der Beaufsichtigung der richtigen Gesetzesanwendung von Seiten der ihm untergeordneten Gerichte wenigstens zum größten Theile gar nicht trennen, weil dieß die wahre Bestimmung des höheren Instanzrichters bildet. So gut man bezüglich der Parteienrechte diese Function dem höheren Richter überträgt, eben so gut kann dies auch in denen der Cassation zu überweisenden Fällen im öffentlichen Interesse geschehen.

Der Zweck wird eben so vollkommen und sicher erreicht, so bald nur dafür gesorgt wird, daß gegen unrichtige Gesetzesanwendung überall Abhülfe eintreten kann.

Es scheint auch einem richtigen Systeme nicht zu widerstreiten, daß dem höchsten Gerichte, welches bezüglich der Rückwirkung auf Parteienrechte auf erhobenen Recurs die Entscheidungen der gesammten Gerichte rücksichtlich ihrer Gesetzmäßigkeit controlirt und in ihren Erfolgen beherrscht, auch gleiche Befugniß bezüglich der von Staatswegen im öffentlichen Interesse der Aufrechthaltung richtiger Gesetzesanwendung und der Erhaltung der Einheit in der Rechtsprechung ergriffen werdenden Recurse überwiesen wird. Vom praktischen Standpunkte aus die Sache beurtheilt, verdient eine solche Anordnung sicher eher Billigung wie Tadel, wenn in Einem höchsten Gerichte die oberste Beaufsichtigung der gesammten bürgerlichen Rechtspflege in allen Richtungen hin vereinigt wird.

Diesen Grundsatz hat das französische Recht wenigstens theilweise dadurch anerkannt, daß es die Cassation nur gegen die in letzter Instanz gesprochenen Urtheile, gegen welche kein anderes Rechtsmittel mehr zulässig ist verstattet, also die Aufrechthaltung

des Gesetzes und der Einheit der Rechtsprechung auch im öffentlichen Interesse den Gerichten selbst überwiesen hat, soweit deren Thätigkeit verfassungsgemäß noch Abhülfe gewähren kann, und es hätte darum eben so gut die Befugnisse eines Cassationshofes einem obersten Gerichtshofe nebenbei übertragen können, und würde dies wohl auch gethan haben, wenn es möglich wäre, Ein zugleich mit Gerichtsbarkeit ausgestattetes höchstes Gericht für ganz Frankreich zu bestellen.

Das französische System des Cassationsrecurses giebt meines Erachtens dem Vorwurfe der Unvollkommenheit in drei Punkten Raum und zwar

1) in der Zulassung eines Parteienrecurses mit Erfolg für Parteienrecht, und

2) in der Beschränkung des Recurses im Interesse des Staats für den Staatsanwalt in den Fällen, wo er nicht in der Rolle der Partei auftritt, auf die in letzter Instanz gesprochenen Urtheile, gegen welche ein sonstiges Rechtsmittel nicht mehr zuläſſig ist.

3) In der Bestimmung der Fälle, in welchen das Rechtsmittel der Cassation verstattet ist.

In dem ersten Satze liegt wohl eine Inconsequenz, weil hierin ein Widerspruch gegen das Princip enthalten ist, aus welchem der Cassationsrecurs hervorgegangen ist. Für das Recht der Parteien kann und muß es wohl ganz gleichgültig seyn, aus welchem Grunde das Recht verletzt ist, es kann hier überall nur die Rückwirkung auf das Recht in der in Frage stehenden speciellen Streitsache seyn, die Rechtsverletzung an und für sich selbst, welche den Parteien gegenüber, in der Zuläſſigkeit des Recurses entscheidet, und es erscheint hiernach ungerechtfertigt, den Parteien in den Fällen einen erweiterten Recurs zu verstatten, welche das französische Recht dem Cassationsrecurse überweis't, indem die Parteien nur ihr specielles Recht, nicht aber das Staatsinteresse bei richtiger Anwendung der Gesetze, bei Erhaltung der Rechtseinheit zu vertreten haben.

In der Beschränkung des Staatsrecurses aber auf die in letzter Instanz gesprochenen Erkenntnisse liegt gleichfalls eine Unvollkommenheit. Sobald das öffentliche Interesse das Nichtaufkommen unrichtiger Gesetzesauslegungen resp. Grundsätze verbietet, und man hiergegen einen besonderen Staatsrecurs durch einen Staatsanwalt statuirt, so kann und darf dieser Recurs nicht in den Fällen ausgeschlossen sein, wo den Parteien noch die Möglichkeit gegeben ist, durch andere Rechtsmittel die cassationsfähige Sentenz anzugreifen und deren Abänderung zu bewirken, weil die verletzte Partei nicht verbunden ist, das unrichtige Urtheil anzugreifen, und falls sie es wirklich unangefochten läßt, der Zweck des Cassationsrecurses: das öffentliche Interesse der richtigen und einheitlichen Gesetzesanwendung, wesentlich beeinträchtigt wird.

In dem Gesetze vom 27. Ventose 8 kommt der Ausdruck des früheren Gesetzes vom 27. Nov./Dec. 1790 „en dernière ressort" nicht mehr vor, und dem Vernehmen nach wird auf den Grund dieses Gesetzes das Rechtsmittel der Cassation von Seiten des Generalstaatsprocurators am Cassationshofe gegen alle rechtskräftige Erkenntnisse — die sonstigen materiellen Bedingungen vorausgesetzt — zugelassen, mag nun der Grund der Rechtskraft darin beruhen, daß das Rechtsmittel von dem Appellationsgerichte verworfen, oder daß ein Rechtsmittel von den Parteien nicht ergriffen wurde.

Den Cassationsrecurs im Interesse des Staats betreffend, so kann auch nicht, wie Holzschuher in seinem Werke: der Rechtsweg, Nürnberg 1831 S. 160 andeutet, darin eine Beleidigung des Rechts gefunden werden, wenn man wegen Gesetzesverletzungen in dem Rechtsmittel der Cassation einen Staatrecurs durch einen Staatsanwalt ohne Beschränkung statuirt, den Parteien aber den Recurs auf gewisse Summen und auf die ordentlichen Rechtsmittel beschränkt, ohne ihnen etwa den günstigen Erfolg des Staatsrecurses zu gut kommen zu lassen.

Der Cassationsrecurs bezweckt nicht Förderung der Parteienrechte, für diesen Zweck sind die anderen Rechtsmittel gegeben und

der Vorwurf Holzschuher's trifft eigentlich nur die Beschränkung der Appellation auf bestimmte Summen. In jedem unrichtigen Urtheile ist eine Gesetzesverletzung enthalten, denn jedes Urtheil, sein Gegenstand seye welcher es auch ist, muß sich auf irgend eine gesetzliche Grundlage stützen. Auch eine unrichtige Beurtheilung einer Beweisführung ist Gesetzesverletzung, denn wenn auch dem Richter hier ein weiteres Feld der Beurtheilung überlassen ist, so hat das Gesetz doch für die Unterstellung der Ergebnisse der Beweisführung unter das Gesetz und für deren Beurtheilung bestimmte allgemeine Regeln gegeben.

Dem Parteienrechte gegenüber ist also eine Unterschiedslinie zwischen einem cassationsfähigen und einem nur rechtsverletzenden Urtheile aus dem Inhalte eines Urtheils nach haltbaren Gründen gar nicht zu ziehen. Der anscheinende Widerspruch gegen das Recht, der sich daraus nach Holzschuher's und gewissermaßen auch Feuerbach's (Bd. II. S. 116) Ansicht ergeben soll, daß ein von dem Cassationshofe auf Antrag des Staatsprocurators cassirtes Urtheil dennoch gegen die Partei zum Vollzuge kommt, während ihr der Recurs dagegen abgeschnitten war, verschwindet in der Erwägung, daß die von dem Staatsprocurator erwirkte Cassation als Ausfluß des Staatsaufsichtsrechts nur im allgemeinen Interesse des Gesetzes stattfindet, auf das rechtskräftig feststehende concrete Parteienrecht ohne Inconsequenz keine Rückwirkung äußern kann, daß den Parteien dieses Rechtsmittel ohne Systemwidrigkeit nicht gegeben werden kann, weil sie das öffentliche Interesse nicht zu vertreten haben, und daß also der ganze Einwand sich auf die Beschränkung des Rechtsmittels der Appellation auf eine gewisse Summe reducirt. Auch in Frankreich wird der hier angedeutete Fall häufig eintreten, falls die verletzte Partei aus Scheu vor den enormen Kosten des Cassationsrecurses und seinen Erfolgen hierauf verzichtet, und der Staatsprocurator solchen mit günstigem Erfolge ergreift. Stünde dieser Vorwurf auf richtigem Grunde, so würde der Staatsprocurator im Interesse des Gesetzes überhaupt verwerflich seyn,

eben weil er ohne Inconseqenz auf das concrete Parteienrecht keine Rückwirkung äußern kann..

Eine nach allen Richtungen hin vollkommene Anordnung kann eine Gesetzgebung nicht schaffen. Besteht ein Staatsrecurs nicht, so verbleibt der verletzten Partei in den Fällen, wo ihr gegen ein verletzendes Erkenntniß ein Rechtsmittel nicht verstattet ist, oder von ihr nicht zur Hand genommen wird, die Verletzung ihres Rechts gleichfalls. Der Staatsrecurs im öffentlichen Interesse benachtheiligt also die Rechte und Interessen der Partei in der in Frage stehenden Streitsache in keiner Hinsicht. Auch in denen dem Cassationsrecurse nicht unterliegenden Fällen kann bei Festsetzung einer appellationsfähigen Größe des Streitgegenstandes bei gleicher Rechtsverletzung in dem einen Falle die Partei die Verletzung von sich im Wege der Appellation abwenden, und die andere Partei wird nach entgegengesetztem Grundsatz behandelt.

Der Civilprozeß berührt Rechte und Verletzungen, deren Schutz und Wahrung der Staat nicht der Officialthätigkeit seiner Beamten überwiesen, vielmehr der Selbstwahrung der Parteien überlassen hat und überlassen soll. Bei dem Erfolge eines bestimmten Prozesses ist — wenige Fälle der selbst unmittelbaren Betheiligung abgerechnet — der Staat nicht interessirt, es interessirt den Staat darum auch die richtige Anwendung der Gesetze nicht in Bezug auf den einzelnen Fall, sondern nur in so weit, als die Erreichung des Staatszwecks durch richtige Anwendung der Gesetze bedingt ist. Das Interesse des Staats ist sonach in dieser Beziehung nur ein allgemeines, nicht auf die Resultate des einzelnen Rechtsstreites bezogenes, und er hat darum auch keinen Grund für einen besonderen bevorrechteten Recurs im Parteieninteresse in den dem französischen Cassationsrecurse überwiesenen Fällen. Wollte man von der Ansicht eines Staatsinteresse an der richtigen gesetzmäßigen Entscheidung des einzelnen Falles mit Rücksicht auf das concrete Parteienrecht ausgehen, so müßte offenbar solcher Recurs auf alle und jede rechtsverletzende Erkenntnisse ausgedehnt werden, indem jedes rechtswidrige Erkennt-

nis eine Verletzung der Gesetze enthält. Für einen Cassationsrecurs im Interesse der richtigen Gesetzesanwendung und der Erhaltung der Einheit in der Rechtsprechung, also für einen besonderen Staatsrecurs, sprechen indeß sehr erhebliche Gründe.

Richtige Auslegung und Anwendung der Gesetze, Einheit in der Rechtsprechung von Seiten der Gerichte, Gewißheit über die desfallsigen Grundsätze ist von großem Einflusse auf einen gesicherten Rechtsverkehr, denn auf die Art der Anwendung und Auslegung der Gesetze, welche nie so vollkommen abgefaßt seyn können, daß sie keinem Zweifel Raum geben, durch die Gerichte wenden sich die Blicke der Staatsangehörigen hin, nach den Grundsätzen der Gerichte in der Rechtsprechung richten die Bürger des Staats ihre Handlungen ein, welche die Grundlage von Rechten und Verbindlichkeiten abgeben sollen.

Ergeben sich und bestehen Zweifel über den Inhalt der Gesetze, über allgemeine Rechtsgrundsätze bei den Gerichten in der Rechtsprechung, so gehen sie auch über in den bürgerlichen Rechtsverkehr mit mannichfach nachtheiligen Folgen.

Darum ist es von großem Werthe, daß jede unrichtige Gesetzesanwendung, jeder unrichtige allgemeine Gesetzesgrundsatz, der sich in der Rechtsprechung kund giebt, oder die desfalls erhobenen Zweifel möglichst bald beseitigen werden. Wenn im concreten Falle die durch Anwendung eines unrichtigen Rechtssatzes oder unrichtige Gesetzesauslegung verletzte Partei in ihrem Interesse den Recurs mittelst der gewöhnlichen Rechtsmittel ergreift, dann bedarf es eines besonderen Staatsrecurses nicht, weil in solchem Falle das Staatsinteresse in Folge des Parteienrecurses gleichzeitig mit gewahrt wird; der Staatsanwalt darum sich darauf beschränken kann, bei der mündlichen Verhandlung in der höheren Instanz das Interesse des Gesetzes durch Einmischung zu vertreten. In denen Fällen aber, wo die verletzte Partei entweder wegen mangelnder Größe des Streitgegenstandes einen Recurs nicht ergreifen kann und die Festsetzung einer gewissen Größe des Streitgegenstandes für das Rechtmittel der Appellation bei schätz-

bären Rechtssachen bildet eine politische Nothwendigkeit oder, wo sie bei der Zulässigkeit eines Rechtsmittels davon keinen Gebrauch macht, ergeben sich Gründe für einen Staatsrecurs im öffentlichen Interesse der Gesetzesaufrechthaltung.

Ein, einem richterlichen Urtheile unterliegender, unrichtiger Rechtssatz wird zwar, wenn auch in dem ersten Falle seiner Anwendung dagegen nicht recurrirt wird, sicher in ähnlichen Fällen später zur Beurtheilung und Entscheidung des höchsten Gerichts gebracht, und dort das wahre — wenigstens Geltung behaltende — Recht ausgesprochen, die Einheit in der Rechtsanwendung hergestellt, und es erscheint also für die Erreichung des Zwecks selbst ein besonderer Staatsrecurs nicht nöthig.

Wohl aber erscheint ein solcher Staatsrecurs in Fällen der Art nöthig, zur schnellen alsbaldigen Herstellung des Gesetzes in seiner richtigen Auffassung und Anwendung, damit der Zustand von Rechtsungewißheit nicht Jahre lang bis zum ungewissen Eintritte einer ähnlichen Entscheidung über dieselbe Rechtsfrage, und eines desfallsigen Recurses an das höchste Gericht fortwähre, und seine nachtheiligen Folgen in den bürgerlichen Rechtsverkehr übertrage.

Aus den angeführten Gründen ergiebt es sich zugleich, daß ein solcher Staatsrecurs gegen Erkenntnisse der Einzelrichter im Civilverfahren unnöthig, auch mit einigem Erfolg unausführbar ist, wie dies auch das französische Recht anerkannt hat. Unnöthig, indem hier die Appellationssumme so niedrig ist, daß nur wenige Fälle dem Parteienrecurse nicht verfallen, den Parteien überdieß für viele Fälle erduldender Verletzungen die an keine Summe gebundene Beschwerdeführung und Nichtigkeitsbeschwerde verstattet werden muß, sobald man ihnen das Rechtsmittel der Cassation versagt, und weil, sobald die Sache einmal in der Recursinstanz entschieden wird, das Rechtsmittel der Cassation alsdann zulässig wird, überdieß die Entscheidungen der Untergerichte keinen, wenigstens nur sehr unbedeutenden, Einfluß auf die Ansichten im Rechtsverkehre im Allgemeinen äußern; mit Erfolg nicht leicht ausführbar

aber würde ein solcher Staatsrecurs seyn, weil dem Staatsanwalte die erforderliche Kenntniß von den Urtheilen der Untergerichte nur mit enormem Aufwande an Zeit und Kosten gewährt werden könnte, die Mittel hier offenbar mit dem Zwecke im Mißverhältnisse stehen würden. Daß ein solcher Recurs nicht stattfinden soll gegen Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts als Appellationsgerichts, indem ein solcher vermöge seines Zwecks, bezüglich der Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts nicht nöthig ist, auch gegen die Stellung eines höchsten Gerichts seyn, und eine zu große Vervielfältigung der Instanzen hervorrufen würde, das ist schon Oben dargelegt worden. Irgend ein Gerichtshof muß der höchste und seine Ansichten sollen darum auch entscheidend seyn, gerade so wie dies ja auch bei dem Cassationshofe der Fall ist. Einmal muß das Recurriren aufhören. Gegen unrichtige Ansichten des Oberappellationsgerichts mag die gesetzgebende Gewalt auf Antrag des Staatsprocurators einschreiten. Der Cassationsrecurs würde nach diesen dargelegten Ansichten beschränkt bleiben auf die Erkenntnisse der Appellationsgerichte als Appellationsgerichte wie als Erstinstanzgerichte, und die Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts als Erstinstanzgerichts, soweit solche nicht bezüglich der betreffenden Gesetzwidrigkeit durch das Rechtsmittel der Oberappellation oder Revision von den Parteien angegriffen sind.

Ohne in einen Widerspruch mit Zweck und System zu gerathen, kann dem Staatsprocurator im Civilverfahren, abgesehen von den Fällen, wo er in der Rolle der Haupt- oder Nebenpartei auftritt, zum Schutze des Gesetzes und Aufrechthaltung der Einheit in der Rechtsprechung kein anderes Rechtsmittel, als das der Cassation verliehen werden, weil alle andern Rechtsmittel auf Erhaltung und Herstellung des verletzten Parteienrechts gerichtet sind, worauf die Thätigkeit des Staatsprocurators nicht gerichtet seyn kann.

ad 3) Die Fälle betreffend, welche dem Rechtsmittel der Cassation überwiesen sind, so hat die französische Gesetzgebung,

wie oben bemerkt, dieses Rechtsmittel auch wegen verletzter Formen des Verfahrens verstattet, sobald die dadurch verursachte Verletzung durch das Rechtsmittel der requête civile nicht beseitigt werden kann oder durch dieses Rechtsmittel nicht beseitigt worden ist, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Grund der Verfehlung in Unaufmerksamkeit oder in Anwendung eines falschen allgemeinen Rechtssatzes in unrichtiger Auslegung eines Gesetzes besteht.

Dieser Bestimmung kann ich meine Zustimmung nicht geben.

Warum die aus Verletzung der Vorschriften des Verfahrens hervorgehenden Rechtsbeeinträchtigungen im Allgemeinen, sowie bezüglich des Parteienrechts diejenigen, welche durch ausdrückliche Gesetze dargethan werden können, eine größere Begünstigung in den Rechtsmitteln, überhaupt eine größere Aufmerksamkeit des Staates verdienen sollen, wie andere Rechtsverletzungen, dafür lassen sich meines Erachtens keine Gründe erfinden. Oberstes Ziel der Vereinigung zum Staate ist die Realisirung des Rechtes, es soll herbeigeführt und in seiner gleichmäßigen Verwirklichung gesichert werden durch die Gesetze und durch das Verfahren vor den Gerichten. Das Festhalten an den Vorschriften des Verfahrens, die Beobachtung der Gesetze in den Entscheidungen der Gerichte erscheint dem Staate wie dem Einzelnen nur als das nothwendige Mittel für Erreichung des eigentlichen, in der Verwirklichung des Rechtes beruhenden Zwecks. Das gerichtliche Verfahren hat keine selbstständige Bedeutung, keinen Werth für sich selbst, sein Werth und seine Bedeutung sind nur relativ, beziehen sich nur auf das durch das Verfahren bezielt werden sollende Recht selbst. Eine Verletzung der Nichtbeobachtung der Vorschriften des Verfahrens ist sonach nur in soferne Verletzung, als dadurch eine Beeinträchtigung in dem durch das Verfahren bezielt werden wollenden Rechte selbst herbeigeführt werden kann. Darum wird in jeder Gesetzgebung nur demjenigen ein Recurs wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens gestattet, zu dessen Nachtheile die Nichtbeach-

tung der gesetzlichen Vorschriften eintrat, und nur in sofern als dadurch möglicherweise eine Beeinträchtigung in dem zu realisirenden Rechte herbeigeführt worden seyn kann.

In einer besonderen ausgedehnteren Begünstigung eines Recurses bei verletzten Formen des Verfahrens, sofern solche Verletzung sich nicht auf Anwendung falscher Rechtssätze stützt, und der Recurs alsdann unter den nachbemerkten Gesichtspunkt wegen Verletzung eines ausdrücklichen Gesetzes fällt, liegt darin ein innerer Widerspruch, weil man das Mittel höher, als den Zweck selbst stellt. Wenn ein Gericht in der Verhandlung aus Unachtsamkeit, oder Mangel an richtiger Auffassung des Falls in seinen thatsächlichen Verhältnissen oder der Verhandlung, Mangel an Ueberblick des Ganzen eine prozeßgesetziliche Form versäumt oder eine unrichtige Form einhält, also aus Gründen sich verfehlt, welche nur dieser speciellen Verhandlung angehören, keineswegs aber in Folge der Annahme eines unrichtigen allgemeinen Rechtssatzes, nicht in absichtlicher Nichtanerkennung einer gesetzlichen Vorschrift und nicht in Mißachtung eines Gesetzes, welches das Gericht vielmehr in anderen Fällen als bestehende Regel anerkannt hat und befolgt, so kann aus einem solchen Versehen kein Nachtheil für die Einheit des Rechts, für die Aufrechthaltung des Gesetzes, für die Sicherheit im Rechtsverkehre entstehen, und es liegt demnach für einen Staatsrecurs kein genügender Grund vor. Für das in der speciellen Streitsache in Frage stehende Parteienrecht aber kann bezüglich der Rechtsmittel nur die in der Rechtsbestimmung liegende Verletzung maßgebend seyn, und zwar ohne Unterschied ob ihr eigentlicher Grund in Verkürzung der Rechts- oder in unrichtiger Gesetzesanwendung beruht.

Ganz dasselbe muß bezüglich des Parteienrechts von dem Falle gesagt werden, wenn überhaupt für diejenigen Verletzungen durch richterliche Erkenntnisse, welche mit einem ausdrücklichen Gesetze nachgewiesen werden können, wo also nach der französischen Gesetzessprache eine contravention expresse à la loi stattfindet, oder wo, wie das neueste Gr. Badische Gesetz sich

ausdrückt, der Richter das Gesetz unrichtig ausgelegt hat, den Parteien ein bevorrechtigter Recurs an höhere Gerichte verstattet wird.

Den Parteien gilt es nur um ihr Recht in der speciellen streitigen Rechtssache und dessen wahrhaftige und richtige Verwirklichung, die Handhabung der Gesetze hat für sie nur in soweit Interesse, als durch deren richtige wahrhaftige Anwendung ihr Recht in seiner practischen Verwirklichung im concreten Falle bedingt ist.

Für die Interessen der Einzelnen ist es, da in jedem Prozesse nur das jus in hypothesi, das specielle Rechtsverhältniß unter den bestimmten Parteien in Frage ist, wenn ein richterliches Erkenntniß ein ungerechtes ist, ganz gleich und ohne allen Unterschied, worin der Grund des Unrechts liegt, ob der Richter gegen die richtige Auffassung und Beurtheilung des thatsächlichen Theils der Verhandlung resp. der Beweise, oder in der Rechtsfindung gefehlt hat, und in letzterem Falle, ob er gegen ein ausdrückliches Gesetz, oder gegen richtige Anwendung allgemeiner, in den Gesetzen niedergelegten Rechtsgrundsätze, gegen naturgemäße Folgerungen, in analoger Anwendung der Gesetze gefehlt hat, denn er hat in einem wie in dem andern Falle gegen das Recht als Product der Gesetze und folglich immer gegen ein Gesetz, gegen eine allgemeine Rechtswahrheit gefehlt, und die Rückwirkung auf das streitige Parteienrecht bleibt in allen diesen Fällen ganz dieselbe, keins der verschiedenen Versehen erzeugt den Parteien je nach verschiedener Quelle der Verletzung eine objectiv größere oder intensiv stärkere Benachtheiligung. Ein jedes rechtsverletzende Urtheil ist contra jus in thesi und gegen ein Gesetz. Die Gesetze sind in allen ihren Bestimmungen auch in ihren allgemeinen Regeln und Anweisungen, in ihren Vorschriften über Auslegung der Testamente und Verträge, in Beurtheilung der Kraft der Beweise, von gleicher Kraft, gleich wichtig und folgenreich, ihre Nichtbeachtung ist in allen Beziehungen gleich nachtheilig für Ordnung und Recht. Gleichförmigkeit der richterlichen

Entscheidungen in Auslegung der Verträge, Annahme der Voraussetzungen und Folgen eines Gewohnheitsrechts, ist für Recht und Vertrauen auf die Gerichte nicht minder wichtig wie Gleichheit in Auslegung und Anwendung der ausdrücklichen speciellen Gesetze. Die Gleichheit vor dem Gesetze hat nur Bedeutung um der dadurch bedingten Gleichheit in der Rechtserlangung willen. Aus dem richterlichen Verstoße gegen ein ausdrückliches Gesetz kann der Partei an und für sich eine objectiv schwerere oder intensiv stärkere Rechtsverletzung nicht erwachsen, wie aus der unrichtigen Auffassung oder Beurtheilung des thatsächlichen Theils ihres Vertheidigungvorbringens oder ihrer Beweise, und es ist darum auch eine verschiedenartige Bestimmung der Rechtsmittel nach diesen verschiedenen Rücksichten nicht gerechtfertigt.

Es mangelt hiernach bezüglich des Parteienrechtes einer Unterscheidung in der Zuläßigkeit der Rechtsmittel gegen verletzende Erkenntnisse nach der Verschiedenheit des Grundes der unrichtigen Entscheidung, je nachdem sie gegen ein ausdrückliches Gesetz, resp. contra jus in thesi anstoßen oder nicht, an jedem und allem logischen Fundamente, und daraus ergeben sich noch entscheidendere Gründe gegen die schon oben widersprochene Verstattung des Rechtsmittels der Cassation für die verletzten Parteien.

Im Civilprozesse besteht ein unmittelbares Interesse des Staats an dem Ausgange des einzelnen Prozesses, wenige Ausnahmsfälle, welche unmittelbar die öffentliche Ordnung, das öffentliche Interesse selbst berühren, abgerechnet, nicht, sonst dürfte nicht das Verhandlungsprincip in das Verfahren aufgenommen werden. Nur bei der gesetzmäßigen Rechtspflege im Allgemeinen und bei dem einzelnen Rechtsfalle nur in so weit sich das Bild einer gerechten gleichförmigen Rechtspflege darlegt, um der Handhabung der Gerechtigkeit, um der richtigen Anwendung der Gesetze willen, ist der Staat bei dem einzelnen Rechtsstreite betheiligt, sein Recht und seine Pflicht beschränkt sich regelmäßig und wenige Fälle bei besonderen Motiven abgerechnet auf eine allgemeine Controle,

nicht auf die specielle Controlirung des einzelnen Rechtsstreites in seinem Ergebnisse. Im Civilprozesse hat das Princip der eignen Rechtswahrung, des Verzichts, vorherrschende Geltung, darum kann der Staat jedem die Ueberwachung und Controlirung der richtigen Gesetzesanwendung für seine Streitsache mit eben so viel Recht und Consequenz überlassen, als er ihm auch die Vertheidigung im factischen Theile unbeschränkt überläßt.

Eine Unterscheidung zwischen Formen, deren Beobachtung bei Strafe der Nichtigkeit geboten ist und zwischen solchen, bei welchen dies nicht der Fall ist, ist meiner Ansicht nach verwerflich und soll von einer Gesetzgebung nicht aufgenommen werden. Zwecklose Formen soll eine Gesetzgebung nicht vorschreiben, die Versäumung zweckdienlicher oder nöthiger Formen aber soll demjenigen, zu dessen möglicher Beeinträchtigung sie versäumt wurden, stets das Recht verleihen, die formwidrige Handlung in derselben Weise als zu Recht nicht bestehend anzugreifen, in wie weit er und wie er das ihm dadurch verursachte materielle Unrecht als zu Recht nicht bestehend anzugreifen befugt ist.

Wenn die französische Gesetzgebung dem Rechtsmittel der Cassation nur in den vorbenannten drei Fällen Suspensiveffect verstattet, so kann ich hierin nur eine Inconsequenz finden, für welche ich irgend einen genügenden Grund zu erfinden nicht vermag. Aus dem Zwecke und Erfolge eines jeden mit Rückwirkung auf Parteienrecht versehenen Rechtsmittels ergiebt sich als natürliche, gewissermaßen nothwendige Folge der Suspensiveffect, weil durch das Rechtsmittel der Rechtsbestand des angegriffenen Urtheils in Zweifel gestellt, ungewiß ist, ob es nicht zernichtet resp. abgeändert wird, und darum, so lange diese Ungewißheit über sein Bestehen noch nicht beseitigt ist, in dessen einstweiliger Vollstreckung — abgesehen von den wenigen Ausnahmsfällen, in welchen der Suspensiveffect, um den Zweck des Verfahrens nicht zu vereiteln, aus besonderen Gründen nicht verstattet werden kann — ein innerer Widerspruch mit der Zulassung des Rechtsmittels liegt.

Daß in dem Falle, wo der öffentliche Schatz oder die Staatscasse zur Bezahlung verurtheilt worden, dem Rechtsmittel der Cassation Suspensiveffect verstattet ist, nicht aber in den Fällen, wo Privaten verurtheilt sind, darin beruht eine ungebührliche Bevorrechtung des Staatsschatzes.

Sobald nicht der verletzten Partei, sondern nur dem Staatsanwalte im öffentlichen Interesse das Rechtsmittel der Cassation ohne Rückwirkung auf das im Fragefalle streitige Parteienrecht verstattet ist, so kann von einem Suspensiveffecte natürlich nicht die Rede seyn.

III.

Von dem Wesen und dem Kreise der strengen Geschäfte und der Incerti Condictio.

Von

dem Herrn Prof. Dr. **Heimbach**
in Leipzig.

Ueber das Wesen der strengen Geschäfte im classischen Römischen Rechte [1]) ist bereits soviel und Mancherlei von den ausgezeichnetsten Juristen der Jüngstzeit gesprochen und verhandelt; sind so viele Vermuthungen mit großem Scharfsinn und fast überflüssigem Aufwand von Gelehrsamkeit deducirt

---

[1]) Litteratur: Gans, über Römisches Obligationenrecht, insbesondere über die Lehren von den Innominatcontracten und dem jus poenitendi. Heidelberg 1819, 8. Hierher gehört die erste Abhandlung. — Abver, de summario Romanorum judicio seu de stricti juris actionibus comm. Lipsiae 1822, 8. Enthält nur einzelne Beiträge zur Dogmengeschichte der Lehre. — v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 5, §. 219, S. 107 folg., mit Beilage XIV, S. 503. — v. Wächter, Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Würtembergischen Privatrechte. Zweites Heft. 11. Erörterung. S. 43 f. Stuttgart 1846. 8. Diese Abhandlung beschäftigt sich hauptsächlich mit der praktischen Seite des Instituts.

worden, daß es fast eine Anmaßung erscheinen mag, darüber eine neue Untersuchung einzuleiten. Indeß mag der Zusammenhang der Lehre mit dem Creditum den Verfasser entschuldigen, wenn er die Feder ergreift, um gerade die älteste von allen Ansichten, die ihm die allein richtige zu seyn scheint, aber unter den Meinungsdifferenzen der Neuzeit wieder in Vergessenheit zu kommen anfängt, mit neuen Gründen zu unterstützen, und wo möglich über allen Zweifel zu erheben. Die Summe dieser Ansicht läßt sich in folgende Worte zusammenfassen. Strenge Klagen entstehen lediglich aus Obligationsverhältnissen, deren Formation es mit sich bringt, daß allemal nur Einer von den Theilhabern der Gläubiger, und allemal nur Einer von ihnen der Schuldner ist, daß also aus denselben das Klagrecht nur nach der Einen Seite hin möglich ist; folglich ist hier schon von Anfang herein die juristische Möglichkeit ausgeschlossen, daß jeder von den Theilhabern an dem Schuldverhältnisse aus demselben Gläubiger und Schuldner des Andern werden könne. Wenn man geneigt ist, diese Grundidee der strengen Geschäfte und Klagen mit dem Namen Einseitigkeit zu bezeichnen, so kann Referent nichts dawider haben; nur wird dann eine Warnung vor dem Mißverständnisse am Platze seyn, welches möglicher Weise eintreten kann, auch schon eingetreten ist, wenn man diesem Ausdruck eine andere Beziehung, eine andere Richtung leihet, als ihm im Obigen gegeben worden ist. Die juristische Behandlung der strengen Obligationen tritt zur Zeit der classischen Juristen, deren Aeußerungen in den Justinianischen Pandekten enthalten sind, lange nicht so schlagend hervor, wie in der zunächst vorhergehenden; vielmehr blickt dieselbe dort nur noch in Einzelnwendungen hindurch, welche im Gegensatze der freien Klagen vorkommen, und erst durch die Unterscheidung des spätern Gebietes der strengen Klagen von dem in der Vorzeit Bedeutung erhalten und in ein ganz eigenthümliches Licht treten. Das ältere Gebiet der strengen Klagen besteht lediglich in den Condictionen, welche eine auf Dare Oportere gerichtete Intentio haben und schließt die Incerti Condictiones durch-

weg aus, welche späteren Ursprungs sind, und durch ihre auf quicquid dare facere oportet lautende Intentio sich der Conception der freien Klagen entschieden nähern. Auf diesem älteren Gebiete nun erscheinen die strengen Obligationen in der Behandlungsweise der Römischen Juristen als von Anfang herein abgeschlossene Ganze, welche in, mit und durch sich selbst bestehen, durch sich selbst geltend gemacht werden, und bilden somit einen direkten Gegensatz zu den freien Klagen, deren obligatorische Grundlage weder von Anfang herein gegen nachherige Ereignisse streng abgeschlossen erscheint, noch in, mit und durch sich selbst bestehen und geltend gemacht werden, weil mit dem Eintritt einer solchen obligatorischen Grundlage zugleich die Möglichkeit gegeben ist, daß Jeder von den Theilhabern an derselben Gläubiger und Schuldner des andern werden kann, also Jede von den Partеien auch nicht aus der obligatorischen Grundlage mit Sicherheit eine Condemnation der Andern erzielen kann, weil von Anfang herein die Möglichkeit gegeben ist, daß des Klägers Recht aus dem obligatorischen Verhältnisse durch die Gegenansprüche des Beklagten aus demselben Geschäfte zum Theil oder ganz aufgewogen werde. In dieser Zeit ward die strenge Klage nur auf der Basis des certum peti zugelassen, und es leuchtet somit gegen die Intentio der freien Klagen auf quicquid dare facere oportet ex fide bona eine Reihe von Verschiedenheiten in der prozessualischen Behandlung auf, welche zur Zeit der classischen Juristen bei der längst anerkannten Einführung der Incerti Condictiones bedeutend gemildert erscheinen. Indem sich nämlich letztere mehr der Conception der freien Klagen näherten, als die alte Intentio auf dare oportere, nahm man im Laufe der Zeiten von der alten Starrheit und Abgeschlossenheit der strengen Geschäfte allmählich Umgang, und machte dieselben, dem Bedürfniß der Zeiten entsprechend, geschmeidiger und biegsamer, als sie vorher gewesen waren. Dieses nun führte darauf, daß man auch im Condictionengebiete allmählich einige Grundsätze annahm, welche bisher nur auf dem Gebiete der freien Klagen gegolten hatten, allein man

beschränkte sich bei dieser Uebertragung natürlich lediglich auf die Regeln, welche aus der Natur der Incerta Intentio auf quicquid dare facere oportet von selbst fließen, ohne die zu berücksichtigen, welche an den Zusatz ex fide bona in der Formula gebunden sind, z. B. die juristische Möglichkeit, die gegenseitigen Ansprüche, welche aus dem nämlichen obligatorischen Fundamente fließen, in Einem und demselben Prozesse geltend zu machen. Diese Annäherung der Condictionenclasse auf quicquid dare facere oportet an die Grundsätze der freien Klagen zeigt sich nun zur Zeit der classischen Juristen hauptsächlich in folgenden Einzelpunkten:

1) Daß man hier zunächst die anfängliche Bestimmtheit des Obligationsobjectes fallen ließ. Zur Erläuterung des Gesagten wird es nöthig, darauf hinzuweisen, daß, so lange das Condictionengebiet sich lediglich auf die Klagen mit dare oportere beschränkte, mit dem Eintritt des Condictionsgrundes auch zugleich die Möglichkeit des Certum peti vorhanden war, weil jene Klagen überall nur auf Certa Pecunia oder Certa Res omnis gestattet wurden. Das nun ist es, was eben mit dem Ausdrucke „anfängliche Bestimmtheit des Obligationsobjectes" bezeichnet worden ist. Als man späterhin die Incerti Intentio auf quicquid dare facere oportet im Condictionengebiete zuließ, nahm man von jener anfänglichen Bestimmtheit Umgang und betrachtete das von dem Kläger im Laufe des Prozesses zu erweisende Interesse als eigentliches, ursprüngliches Obligationsobject. Hierdurch kam die Incerti Condictio den freien Klagen sehr nahe, weil auch sie eine solche Intentio haben und, wie dort, das Interesse des Klägers als einziges und ursprüngliches Object der Obligation und Klage erscheinen lassen; allein der Unterschied beider Fälle zeigt sich noch klar in der prozessualischen Behandlung dieses Interesses. Denn während man es in den freien Klagen wegen ihrer anfänglichen Nichtabgeschlossenheit der ihr zu Grunde liegenden Obligation nach dem Zeitpunkte abschätzte, wo das Urtheil gefällt wird, blieb man bei den Incerti Condictionen

bei dem Satze des alten Condictionenrechtes stehen, daß die Abschätzung nach dem Zeitpunkt der Litiscontestatio erfolgen müsse.

2) Daß man die ursprüngliche Starrheit der Stipulationen, welche früherhin nicht einmal Pacta in Continenti adjecta in sich aufnehmen konnten, allmählich verließ, und durch Zulassung solcher Pacta für dieselben eine biegsame Form möglich machte, welche dem Bedürfnisse des täglichen Verkehrs angemessener zu seyn schien. In den freien Geschäften hatte die Einfügung solcher Pacta adjecta gleich von Anfang herein keinen Zweifel gehabt.

3) Daß man es im Laufe der Zeiten mit Glück versuchte, die Prästation der omnis Causa seit der Litiscontestation, die bei den freien Klagen längst anerkannt war, auch auf das Gebiet der strengen zu übertragen und

4) die Regel der Sabinianer omnia iudicia esse absolutoria, wornach Zahlungen, die nach der Litiscontestation an den Kläger erfolgen, regelmäßig zum Ausschluß der Condemnation führen, auch auf die strengen Klagen auszudehnen, bei denen sie ursprünglich niemals gegolten hatte. — Beides, was unter Num. 3 u. 4 erwähnt worden, führte nothwendig zur Modification der rechtlichen Folgen, welche die in den strengen Klagen durch die Litiscontestation herbeigeführte Festbannung des Schuldobjectes auf dem Condictionengebiete des älteren Rechtes hervorgebracht hatte.

5) Daß man auch bei ihnen die Compensation in der Form der Doli Exceptio zuließ und dadurch die Möglichkeit gewann, in strengen Klagen allerhand fällige Gegenansprüche des Beklagten aus verschiedenen Geschäften zu berücksichtigen. Dadurch ist nun jedenfalls ein wesentlicher Theil der Einseitigkeit der strengen Klagen verloren gegangen, und es haben sich dieselben wesentlich den freien Klagen mit ihrer tacita Compensatio genähert, allein der Unterschied beider Fälle zeigt sich im classischen Pandektenrechte noch darin, daß im letztern Fall der Beweis der Compensationspost nur eine Minderung der Condemnationssumme herbeiführt, und ausnahmsweise eine Absolution nur dann zu Wege bringt, wenn die Compensationspost den Betrag des klägerischen Interesses

übersteigt, während umgekehrt bei den strengen Klagen der Beweis der Exceptionspost schon nach den allgemeinen Regeln von der Exceptionswirkung immer zur Absolution führt, sofern die Exceptio Doli nicht durch eine besondere Replication des Klägers entkräftet wird.

Wir haben im Vorliegenden die Endresultate der folgenden Untersuchung übersichtlich zusammengestellt, damit sie nicht durch das Detail derselben den Augen des Lesers entzogen werden möchten. Jetzt ist es an der Zeit, dieselben durch Quellenexegese im Einzelnen zu begründen. Hier wird nun auf den ersten Anblick klar, daß die ganze Grundlage der Untersuchung sich um die Verschiedenheit der Grenzen dreht, welche dem Gebiete der strengen Klagen in älterer Zeit und bei den classischen Juristen zugewiesen waren. Wir kommen hier auf das Feld der Condictionen, von welchem wir freilich einstweilen voraussetzen müssen, daß es in der Zeit der classischen Juristen mit dem Gebiet der strengen Klagen durchweg zusammenfiel.

Es ist schon von Andern bemerkt worden, daß auf dem Gebiete der Condictionen zwei Condictionenclassen durchweg unterschieden werden, die Eine mit der Intentio auf si paret dare oportere, die Andere mit der Incerta Intentio quicquid dare facere oportet.[2]) Von diesen Klagformen heißt die zweite in der Kunstsprache immer Incerti Condictio, und davon läßt sich auf das Bestimmteste nachweisen, daß, wo sie in den Römischen Rechtsquellen als vorkommend genannt werden, sie sich nur herausstellen als weitere Fortbildungen bereits allgemein anerkannter Condictionsgründe auf Dare oportere.[3]) Und daraus ergiebt

---

[2]) Darauf hat zuerst aufmerksam gemacht Zimmern, der Römische Civilprozeß, §. 62, S. 182 f.

[3]) Hierauf macht schon aufmerksam Donellus, comm. ad tit. Digg. de rebus creditis p. 71, später auch Bachovius van Echt, de actionibus tractatus disp. IV, num. II, p. 135.

sich für die Ausbildung dieser Condictionenclasse folgendes Resultat. In der älteren Zeit hatte man nur die Condictionen mit der Certa Intentio auf Dare Oportere anerkannt; in späterer Zeit ließ man indeß, wo ein solcher Condictionsgrund vorlag, aber der Gegenstand desselben sich nicht zum Certum Petere, d. h. zur Anstellung der Certi Condictio eignete, aushülfsweise zur Fortbildung des Rechtes die Condictiones Incerti zu. Wir wenden uns zur Bestärkung dieser Behauptungen auf den Weg der Rechtsgeschichte und legen zur Uebersicht des Ganzen das prätorische Condictionensystem zu Grunde, so wie es uns in den Justinianischen Pandekten referirt wird. Hier nun ergiebt die Durchsicht der einzelnen Condictionsgründe, daß Einige derselben niemals eine Incerti Condictio zugelassen haben, weil das anfängliche Certum Peti überall keinen Raum zur Einführung der Incertae Formulae hergab, und mithin deren Gebietskreis mit den Condictionen auf dare oportere bereits vollständig erschöpft ist. Dieß zeigt sich am Deutlichsten in der Lehre vom Creditum, welches aus obligatorischer Numeration, Creditstipulation, Darlehnsstipulation und Litterarum Obligatio entsteht. Daß aus der obligatorischen Numeration eine Condictio auf si paret dare oportere entsteht, besagen ausdrücklich die Zeugnisse der classischen Juristen [4]), der Justinianischen Institutionen [5]), und der Byzantiner, welche im Justinianischen Zeitalter lebten, oder aber ihm sehr nahe standen. [6]) Für die Litterarum Obligatio bezeugt dieß die Rede des Cicero für den Schauspieler Roscius, welche die Actio Certae Creditae Pecuniae aus dem alten Namen facere stammen läßt. In allen diesen Fällen ist für die Incerti Con-

---

[4]) Gaius inst. III, §. 90; l. 9. §. 4. D. de rebus cred. 12, 1 (Ulpian).

[5]) §. 1. J. 3, 15 (quibus modis re).

[6]) Theophil. paraphr. inst. ad h. l. u. IV, 13, §. 3, ingleichen ein ungenannter Pandektenscholiast zu l. 7. §. 3. D. de pactis in der Basil. ed. Heimbach tom. I, p. 566 (aus der Coislin'schen Handschrift neu herausgegeben).

dictio auf Dare Oportere überall kein Raum mehr vorhanden, weil die möglichen Objecte der Condiction von Anfang herein ein Certum enthalten und möglicher Weise nur auf ein Certum beschränkt sind. Aehnlich wird die Sache in der Creditstipulation und Darlehnsstipulation behandelt, welche ihrer Natur nach immer ein Certum zum Objecte haben. Von beiden wird gleichfalls auf das Bestimmteste bezeugt, daß sie eine Condictio auf Dare Oportere erzeugen. [7])

Allein auch außer dem Gebiete des Creditum läßt sich bei den übrigen Condictionsgründen des prätorischen Edictes leicht die ursprüngliche Begrenzung des Condictionengebietes durch die Klagen auf dare oportere leicht wieder erkennen.

Wir sprechen zuerst vom Indebitum. Hier ist anerkannt der älteste Condictionsfall das Indebitum solutum. Dieß vergleichen die classischen Juristen, insofern es fungible Sachen zum Object hat, mit dem Darlehn, und bezeugen, daß für beide Fälle eine Condictio auf dare oportere zusteht. [8]) Daneben ward zur Zeit der classischen Juristen auch eine Incerti Condictio zugelassen [9]),

---

[7]) Entscheidend sind hier Gajus inst. IV, §. 116, 117, ferner aus Justinians Pandekten l. 42, §. 1. D. 12, 1 (de rebus creditis) von Celsus. l. 93. pr. D. 46, 3 (de solutionibus) von Scävola. l. 24. D. de rebus creditis; l. 2. §. 7. D. 13, 4 (de eo, quod certo loco); l. 75, §. 8. D. 45, 1 (de V. O.), alles Zeugnisse von Ulpian.

[8]) Gajus inst. III, §. 91; §. 1. J. 3, 15 (quibus modis re) und dazu Theophilus.

[9]) l. 60. D. 30. (de legatis I.) von Julian; l. 22. §. 1. D. 12, 6. (de cond. ind.) von Pomponius; l. 40. §. 1. D. ibid. von Marcian. Eben dahin gehören alle Stellen, welche die Indebiti Condictio auf Liberation eintreten lassen: denn liberare ist nach Römischen Begriffen ein facere, kein dare. l. 6. C. 1, 18 (de iuris et facti) von Diocletian. Endlich auch die Indebiti Condictio wegen Indebitum Promissum, l. 31, l. 41. D. cond. ind. l. 1. pr. D 36, 4. (ut in possess.) denn ein solches ist lediglich Gegenstand der Incerti Condictio, l. 1. pr. §. 1. u. 2.; l. 2. D. 12, 7 (de cond. sine causa).

allein deren Zuständigkeit wird von ihnen auf die Fictio des Indebitum solutum zurückgeführt, also auf einen Thatumstand, welcher zunächst nur die Condictio auf Dare Oportere zuließ. Daraus sieht man, wie hier die Zuständigkeit der Incerti Condictio durch den Anschluß an das ältere Condictionsgebiet motivirt worden ist. Entscheidend sind hier hauptsächlich folgende Pandektenstellen:

Marcianus lib. 3. Regularum. [10])

Si pars domus, quæ in diem per fideicommissum relicta est, urserit ante diem fideicommissi cedentem et eam haeres sua impensa refecerit, deducendam esse impensam ex fideicommisso constat et si sine deductione domum tradiderit, posse incerti condici, quasi plus debito solverit.

Julianus lib. 39. Digestorum. [11])

Quod si nulla retentione facta domum tradidisset, incerti condictio ei competit, quasi plus debito solverit.

Eben dahin gehört auch ein anderes Zeugniß, welches das Nämliche in Betreff der cautio omissa bezeugt, die nach römischen Begriffen immer nur mit der Incerta Formula condicirt werden kann.

Marcianus lib. 8. institutionum. [12])

Si quis, cum a fideicommissario sibi cavere poterat, non caverit, quasi indebitum plus debito eum solutum repetere posse Divus Severus et Antoninus rescripserunt.

Wir wenden uns zum Gebiet der condictio furtiva. Daraus steht nach bestimmten Zeugnissen [13]) eine condictio auf dare

---

[10]) l. 40. §. 1. D. 12, 6. (de cond. ind.)

[11]) l. 60. D. 30. (de legatis I.)

[12]) l. 39. D. 12, 6. (de cond. ind.)

[13]) Gajus instit. IV, §. 4; §. 14. J. 4, 6. (de actionibus) ibique Theoph.

oportere zu, und darauf spielt auch Pomponius sehr bestimmt an. [14]) Daß diese Condictionsklage aber ursprünglich die einzige war, welche aus dem Condictionsgrund zustand, ergiebt sich aus folgenden Thatsachen. Einmal aus dem inneren Grunde, daß sie ausschließlich dem Eigenthümer der gestohlenen Sache gegeben wird [15]), was ohne Voraussetzung eines Certum undenkbar ist. Sodann daraus, daß auf diesem Gebiete eine Incerti Condictio nur ausnahmsweise auf die Autorität des Aristo hin dem Pfandgläubiger gegeben worden ist, wenn ihm die verpfändete Sache entwendet ward. Dieß sagt sehr klar l. 12. §. 2. D. 13, 1. (de cond. furt.)

Ulpianus lib. 38. ad Edictum.

> Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert, eum cui pignori res data est, incerti condictione acturum, si ea subrepta est.

Es kommen jetzt in der Reihe der Condictionsgründe zwei Fälle daran, welche nach Römischen Ansichten ihrem Gebiete nach zusammenfallen und einander decken, das ob causam dare und sine causa dare, promittere, obligari. Auf dem Gebiete des

---

[14]) l. 8. §. 7. D. 34, 3. (de lib. legata). Et ei liberatio recte legatur, apud quem deposuero, vel cui commodavero, pignorive dedero; vel ei, quem ex furtiva causa mihi dare oportet (Pomponius lib. 6. ad Sabinum).

[15]) l. 11. u. 12. pr. D. 13, 1. (de cond. furt.) vergl. mit l. 1. 10. §. 2. u. 3. D. ibid.; l. 14. §. 15. D. 47, 2. (de furtis); l. 12. §. 5. D. 7, 1. (de usufr.) Daß hier lediglich die Obligation auf dare oportere zwischen dem Eigenthümer und dem Dieb nach dem Zeitpunkte des Diebstahls in Frage kommt, ergeben folgende Thatsachen: Einmal kann, wer nach dem Vorfalle des Diebstahls das Eigenthum an der Sache erwirbt, nicht condiciren, wie sich aus der Verbindung von l. 10—12. D. 13, 1. ergiebt. Sodann verbleibt dem Eigenthümer, auch wenn er späterhin gegen seinen Willen das Eigenthum verliert, gleichwohl ex causa furtiva Creditor und verliert nur dann die Condiction, wenn dieser Eigenthumsverlust durch seine eigne Thathandlung herbeigeführt wird. l. 10. §. 2. u. 3.; l. 12. pr. D. ibid.

ob causam dare finden wir zunächst die Condictio auf dare oportere wieder [16]), und dazu stimmt vollkommen, daß die Klage nur aus der Datio entsteht, nicht aber aus andern Vermögenszuwendungen zuständig ist, z. B. aus dem ob causam promittere u. s. w. Eine Incerti Condictio kommt in diesem Falle nirgends vor, weil die Condictio ob causam datorum sich lediglich auf die Datio beschränkt, was immer eine certa res voraussetzt. — Was von Vermögenszuwendungen über das Gebiet des ob causam dare hinausliegt, wie das ob causam promittere u. s. w., fällt nach Römischen Ansichten unter den Gesichtspunkt des sine causa promittere, cavere u. s. w., in welchen Fällen allerdings eine Incerti Condictio zulässig ist. Dieser Zusammenhang der beiden Condictionsgründe ist bis jetzt von Niemand bemerkt worden; weil er aber wesentlich zum Verständniß des Gesagten beiträgt, sollen die Hauptstellen, aus denen derselbe hervorgeht, hier näher betrachtet werden. Für die Verwandtschaft beider Condictionsgründe ist zunächst der Thatumstand entscheidend, daß das ob causam dare für ein sine causa dare erklärt wird, sobald es gewiß wird, daß die Causa entweder gar nicht erfolgt ist oder zu existiren aufgehört hat. Dieß ist der specielle Inhalt folgender Pandektenstellen, welche gar keines Commentars bedürfen.

---

[16]) l. 15. D. 12, 4 (de cond. causa data). Cum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quaestionem sub ea causa, ut si id repertum in eo non esset, redderetur tibi. Si eum tradidit præfecto vigilum quasi in facinore deprehensum, præfectus vigilum eum summo supplicio affecit : ages cum Attio dare eum oportere, quia et ante mortem dare tibi eum oportuerit (Pomponius lib. 26. ad Sabinum). Ein alter Pandektenscholiast zu l. 3. D. ibid. in den Basilica ed. Heimbach tom. III. p. 3 : οὐκοῦν ἀργεῖ ὁ κονδικτίκιος ἐπὶ τούτου τοῦ θέματος : πῶς γὰρ δύναται λέγειν ὁ μένων δεσπότης, si paret dare oportere, d. h. daher hört in diesem Falle die Zuständigkeit der Condictio auf; denn wie kann, wer Eigenthümer bleibt, sagen : si paret dare oportere?

Africanus lib. 8. quaestionum.[17])

Nihil refert, utrumne ab initio sine causa quid datum sit, an causa, propter quam datum sit, secuta non sit.

Ulpianus lib. 32. ad Edictum.[18])

Ego illud quaero, si annulus datus sit arrhae nomine et secuta emptione pretioque numerato et tradita re annulus non reddatur, qua actione agendum est, utrum condicatur, quasi ob causam datus sit, et causa finita sit, an vero ex emto agendum sit. Et Julianus diceret, ex emto agi posse. Certe etiam condici poterit, quia iam sine causa apud venditorem est annulus.

Javolenus lib. 1. ex Plautio.[19])

Si mulier, cui nuptura erat, cum dotem dare vellet, pecuniam, quae sibi debebatur, acceptam fecerit neque nuptiae insecutae sint, recte ab eo pecunia condicetur, quia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem pervenerit.

Noch deutlicher tritt diese Ansicht in den Fällen des ob causam promittere hervor. Hier wird bezeugt, daß, wenn die Causa zu existiren aufhört, ein sine causa promittere vorliegt. Ganz entscheidend sind in dieser Rücksicht folgende Zeugnisse.

Ulpianus lib. 43. ad Sabinum.

Est et haec species condictionis, si quis sine causa promiserit, vel si solverit quis indebitum. Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam

---

17) l. 4. D. 12, 7 (de cond. sine causa).

18) l. 11 §. 6. D. 19, 1 (de actionibus empti).

19) l. 10. D. 12, 4.

obligationem. Sed etsi ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est condictionem locum habere. Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est, dicendum est, condictioni locum fore.

(Daß den ersteren Worten ein anderer Condictionsfall von Ulpian vorgesetzt worden war, folgt schon aus den Worten: est etc. alia species condictionis. Vom Indebitum solvere kann dort deßhalb nicht die Rede gewesen seyn, weil es gleich darauf im Folgenden genannt wird. Vielmehr deuten die Worte quam non dedit darauf hin, daß vorher vom sine causa dare im Gegensatze des sine causa promittere gesprochen worden ist. Weil nun aber dieses sine causa dare nach den Begriffen Ulpian's zusammenfällt mit dem ob causam dare, causa non secuta, so wird es wahrscheinlich, daß bei dieser Gelegenheit auch der zuletzt angeführte Condictionsgrund erörtert worden ist. — Nach den hier angezogenen Worten hatte Ulpian jedenfalls späterhin von dem Indebitum recht eigentlich gehandelt, was neben dem sine causa promittere speciell hervorgehoben wird und nach der Erörterung des sine causa promittere (l. 1. §. 2. u. 3. D. ibid.) an die Reihe kommen mußte. Demnach stand l. 23. D. 12. 6. (de cond. indeb.), welches die Lehre vom Indebitum behandelt und aus demselben Buche Ulpian's genommen ist, ursprünglich wohl nach den hier mitgetheilten Worten. Die letzte Bemerkung giebt wiederum ein neues Argument dafür an die Hand, daß vor den oben mitgetheilten Worten unmittelbar die Lehre von dem ob causam dare behandelt worden war. In dieser l. 23. §. 3. kommen nämlich mitten unter den Erörterungen über die Indebiti Condictio die Worte vor: sane quidem ob causam dedit, neque repeti solet, quod ob causam datum est, causa secuta. Sed hic non videtur causa secuta, cum transactioni non stetur. Man braucht nur diese Worte ohne Vorurtheil zu lesen, um sich davon zu überzeugen, daß sie

von der Doctrin des ob causam dare als von etwas bereits Erörtertem, Dagewesenem sprechen.)

Ulpianus lib. 76. ad Edictum.[20])

Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit. — Et si cum interponeretur, iustam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. Proinde etsi crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit, etsi certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta, aut finita est, dicendum est, nocere exceptionem.

Aus diesem Zusammenfalle beider Condictionsgründe erhellt nun zum Ueberfluß, weßhalb unter dem Titel de condictione sine causa D. 12, 7. von zwei Condictionsformen die Rede ist, einmal von einer Klage auf dare oportere[21]), sodann von einer Incerti Condictio, welche in allen Fällen eintreten soll, wo ein sine causa promittere, obligare, also überhaupt kein Certum vorliegt.[22])

---

[20]) l. 4. §. 3. D. 44. 4 (de doli moli et metus exc.).

[21]) Dieß erweist der Zusammenhang von l. 5. pr. §. 1. D. 12, 7: avunculo nuptura pecuniam in dotem dedit. — Dixi, non tam turpem causam in proposito, quam nullam fuisse. Noverca privigno, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupsit. — At quin vel magis ea in specie nulla causa dotis dandae fiat. Condictio igitur competit. (Papinianus lib. II. quaestionum.)

[22]) l. 1. pr. D. ibid.: condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem (Ulpianus). Schon oben ist vorgekommen, daß alle Liberationscondictionen Incerti sind. l. 3. D. ibid.: Qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt, ut liberentur. Nec refert omnem quis obligationem sine causa suscipiat, an maiorem, quam suscipere eum oportuerit, nisi quod alias condictione id agitur, ut omni obligatione liberetur, alias ut exoneretur, veluti qui decem promisit. Nam siquidem nullam causam promittendi habuit, incerti condictione

Wir kommen jetzt zum Gebiete der Condictio ob turpem vel iniustam causam. In der turpis causa ist überall nur von einem Datum die Rede, und wenn hier demnach nur im Allgemeinen von Condictio gesprochen wird, so kann damit doch wohl nur die Condictio auf Dare Oportere bezeichnet worden seyn. Eine Incerti Condictio wird nirgends erwähnt; und wenn bei dem Promittere oder Cavere ob turpem causam ausdrücklich die Condictio ausgeschlossen wird, weil die Exceptio Doli mali gegen die Stipulationsklage ausreicht [23]), so deutet dieß sehr klar darauf, daß im Gebiete dieses Condictionsgrundes niemals eine Incerti Condictio auf quicquid dare facere oportet vorgekommen ist. Man ist also hier bei der Beschränkung stehen geblieben, welche das ältere Recht im Condictionengebiete allgemein anerkannt hatte. — Im Gebiete der Condictio ob iniustam causam muß theils nach dem allgemeinen Bildungsgang der ganzen Condictionenlehre, theils wegen des ob iniustam causam dare eine Condictio auf Dare Oportere angenommen werden, wohin es z. B. gehört, wenn aus einer mit Gewalt erzwungenen Stipulation Zahlung des Versprochenen geleistet wird [24]) oder in Folge einer ungültigen Schenkung unter Ehegatten der Beschenkte das Geschenk bereits consumirt hat. [25]) Daneben wird indeß wohl auch eine Incerti Condictio vorgekommen seyn, weil besonders betont wird, daß die Klage auch schon auf Rückgabe des bloßen Besitzes geht, was mit der Condictio auf Dare Oportere schon

---

consequitur, ut tota stipulatio accepta fiat. At si eum quinque promittere deberet, decem promisit, incerti condictione consequitur, ut in quinque liberetur (Julianus lib. 8. Digestorum).

[23]) l. 8. D. 12, 5 (de cond. ob turpem); l. 5. C. 4, 7 (de cond. ob turpem).

[24]) l. 7. D. 12, 5. Vergl. Meyerfeld von der Schenkung Bd. 2, S. 141.

[25]) l. 6. D. 24, 1 (de donat. inter virum).

nach den allgemeinen Grundlagen der Dation noch nicht realisirt werden konnte.[26])

Aus dieser Uebersicht der Condictionsklagen, welche bei den einzelnen Condictionsgründen vorkommen, ergiebt sich nun soviel als gewiß, daß die Incerti Condictio überall, wo sie in den Quellen genannt wird, mit der Klage auf Dare oportere concurrirt; bei manchen Condictionsgründen indessen gar nicht zutrifft, weil hier die spätere Doctrin bei der ältern Begränzung des Condictionengebietes stehen geblieben ist. Jene Concurrenz beruht aber jedenfalls auf späterer Erweiterung, weil im Gebiet einzelner Condictionsgründe, für welche sie bezeugt wird, die Einführung der Incerti Condictio als ein erst in späterer Zeit vorgefallenes Factum geschildert wird. Diese Erweiterung besteht im Wesentlichen nur in der Ausdehnung bereits allgemein anerkannter Condictionsgründe auf Incerta, d. h. auf Objecte, welche ihrer Natur nach nicht Gegenstand der Datio seyn, also auch nicht zum Objecte der alten Condictionsformeln auf si paret dare oportere erhoben werden konnten. Am klarsten wird dieß aus der Uebersicht der Objecte, welche nach dem Inhalte der römischen Rechtsquellen möglicher Weise mit der Incerti Condictio eingefordert werden können. Dahin gehört die Condiction des Besitzes[27]), einer Obligation zum Liberationszwecke[28]), einer indebite erlassenen

---

[26]) L. 25. D. 25, 2. (de rerum amot.) nam iure gentium condici puto res ab his, qui non ex iusta causa possident. (Marcianus lib. 3. regularum). L. 6. D. 12, 4. Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem, existimantium id, quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici. (Ulpianus lib. 14. ad Sabinum.)

[27]) So bei dem Pfandgläubiger in der Condictio furtiva L. 12. §. 2. D. 13, 1. Auch im Fall der Condictio indebiti. L. 15. §. 1. D. 12, 6.

[28]) L. 1. pr. L. 3. D. 12, 7. L. 5. §. 1. D. 19, 1. (de actionibus empti) L. 46. pr. D. 23, 3. (de jure dotium) L. 2. §. 3 und 4. D. 39, 5 (de donationibus). L. 9. §. 1. D. 12, 4. (de cond. causa data) L. 12 und 13. D. 46, 2. (de novat.) L. 16. § 2. D. 4, 4 (de minoribus) L. un. C. 4. 5. (de errore calculi). Vergl. Burchardi, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 193 ff.

Caution[29]), einer bei der Tradition eines Grundstücks zu bestellen gewesenen, aber vergessenen Servitus[30]), eines unbestimmt zu viel Gezahlten[31]), also lauter Gegenstände, welche die classischen Juristen nicht zum Dare, sondern vielmehr zum Facere gezählt haben, die also immer eine formula auf Dare facere oportere nöthig machen. Diese Ansicht ist im Wesentlichen nicht neu, sondern in älterer Zeit bereits von Donellus[32]), in neuerer wiederum von Bachofen[33]) geltend gemacht worden. Andere[34]) haben zur Erklärung der Sache die Hypothese eines idealen Gebens zu Hülfe genommen, welches die Grundlage des Condictionengebietes veranlaßt habe. Dagegen spricht aber entscheidend einmal der Sprachgebrauch der classischen Juristen auf dem Condictionengebiete, welcher hier nur Eine technische Bedeutung des Dare d. h. die Eigenthumsübertragung — nicht, wie man wohl gewollt hat, die Uebertragung des Eigenthumsbesitzes, anerkennt, und mithin für die Fiction eines idealen Gebens bei Incerta überhaupt keinen Raum läßt. Zudem müßte, wenn diese Erklärung der Sache überhaupt möglich und juristisch denkbar seyn sollte, als deren Unterlage nach dem Gesagten der Gedanke gelten, daß an allen Gegenständen, welche mit der Incerti Condictio möglicher Weise eingeklagt werden können, nach Römischen Begriffen ein wahres Eigenthum zutreffen könnte. Das ist aber, wenn nicht bei allen beregten Gegenständen, doch bei einigen völlig gegen die Begriffe der classischen Zeit, z. B. für den Fall der unterlassenen

---

[29]) L. 5. §. 1. D. 7, 5. (de usufructu earum rerum) L. 7. pr. D. 7. 9. (usufructuarius quemadmodum).

[30]) L. 35. D. 8. 2. (de serv. praed. urb.) L. 8. pr. D. 19. 1. (de actionibus empti).

[31]) L. 40 §. 1. D. 12, 6. L. 60. D. 30 (de legatis I.).

[32]) ad L. 9. D. de rebus cred. num. 21. p. 71.

[33]) l. c. p. 183.

[34]) Diese Vermuthung hat zuerst aufgestellt Weller, Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian (1. Ausg.) S. 612. In der zweiten Ausgabe des Buches ist sie unverändert stehen geblieben.

Caution, und wenn die Liberation einer Obligation bezweckt wird. Im letzten Falle denkt man sich nämlich das Obligationsverhältniß selbst als Gegenstand der Condiction[35]), allein in einer solchen unkörperlichen Sache kann nach sehr belegenden Zeugnissen der classischen Juristen überall kein Eigenthum, keine rei vindicatio gedacht werden[36]). Endlich weisen auch die römischen Rechtsquellen bei Gelegenheit einzelner Traditionsgründe z. B. im Indebitum sehr entschieden darauf hin, daß die Einführung der Incerti Condictiones nicht auf einem idealen Dare, sondern vielmehr auf der Fiction beruht, daß die zu condicirende Vermögenszuwendung ein Datum sey, d. h. daß im concreten Falle eine Eigenthumsübertragung stattgefunden habe. Somit ist denn nun die Ausdehnung der bereits allgemein angenommenen Condictionsgründe auf Objecte, welche außerhalb dem Kreise der gewöhnlichen Datio liegen, vermittelst der Fiction, daß sie durch Handlung des Condicenten in das Vermögen des Andern gekommen seyen, der eigentliche wahre Grund dieser Incerti Condictiones.

Es mögen am Schlusse dieser Untersuchungen noch einige Bemerkungen über die juristischen Gründe vorkommen, welche diese Ausdehnung des älteren Condictionengebietes motivirt haben. Die Veranlassung dazu hat erweislich der Einfluß der Doli Exceptio auf dem Condictionengebiete gegeben, also die Rückwirkung des Prätorischen Rechtes auf das alte Jus civile. Man sieht

---

[35]) L. 1. pr. D. 12, 7. condicere quantitatem non potest — sed ipsam obligationem. Vergl. L. 1. pr. D. 36, 4 (ut in possess.).

[36]) Am klarsten ist die Anwendung der Eigenthumserwerbsformen bei Obligationen ausgeschlossen in Gajus inst. II. §. 38; dann für einzelne Erwerbsformen, z. B. die Tradition wiederum Gajus inst. II. §. 19., §. 28. L. 43. §. 1. D. de acquir. R. d. 41, 1, die Usucapio L. 43. §. 1. D. 41, 1. L. 4. §. 27. und L. 9. D. 41, 3. (de usurpat.) Vergl. Mühlenbruch die Lehre von der Cession der Forderungsrechte (dritte Ausg.) S. 8—21. Den Ausschluß der Vindication bei Obligationen bezeugt L. 27. §. 2. D. 34, 2. (de auro arg.). Vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 29.

dieß am klarsten aus der Behandlung des ob turpem causam promittere in den Römischen Rechtsquellen. Hier erscheint die Exceptio Doli als ein allgemeines Mittel, um die Stipulationsklage unwirksam zu machen. Weil dieses Rechtsmittel zureichte, wird aus dem ob turpem causam promittere keine Incerti Condictio auf Liberation des Versprechens gegeben. Ist gleichwohl Zahlung aus dem Versprechen geleistet, so fällt dieß unter den Gesichtspunkt des ob turpem causam dare, der nicht überall zur Condiction führt[37]). Eine Anwendung dieses Princips kommt bei der Pönalstipulation für das Eingehen der Ehe zu Tage[38]). Die Klage ist hier zwar streng genommen gültig: weil indeß solche Stipulationen die Freiheit des ehelichen Consenses beschränken, und also gegen die boni mores verstoßen, wird die mögliche ex stipulatu actio durch die Doli Exceptio unwirksam gemacht, und von einer Incerti Condictio auf Liberation des Pönalversprechens ist nirgends die Rede. — Auch in andern Fällen, wo die Doli Exceptio auf dem Condictionengebiet wirksam ist, erscheint sie an und für sich selbstständig und von dem Eintritt der Incerti Condictio auf Liberation unabhängig. Für die Darlehnsstipulation, welche ohne Numeration erfolgt ist, bezeugen dieß G a j u s[39]) und U l p i a n[40]), und gleichwohl war hier nach dem erweiterten Condictionengebiete Zweifels ohne auch eine Incerti Condictio auf

---

[37]) Dieß alles ist enthalten in L. 8. D. de cond. ob turpem causam. Si ob turpem causam p r o m i s e r i s, quamvis si petat, e x c e p t i o n e d o l i m a l i v e l i n f a c t u m submovere eum possis, tamen s i s o l v e r i s, n o n p o s s e t e r e p e t e r e, quoniam s u b l a t a p r o x i m a c a u s a s t i p u l a t i o n i s, pristina causa id est turpitudo superesset: porro autem si ex dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse, et i d e o r e p e t i t i o n e m c e s s a r e, t a m e t s i e x s t i p u l a t i o n e s o l u t u m e s t (Paulus lib. 8. quaestionum).

[38]) L. 134. pr. D. 45, 1. (de V. O.)

[39]) Inst. IV. § 116.

[40]) L. 2. §. 3. D. 44, 4. (de doli mali).

Liberation durchweg möglich[41]). Noch mehr, es giebt auf dem Condictionsgebiete Fälle, wo die Doli Exceptio und Incerti Condictio auf Liberation neben einander zugelassen werden. Auf diesem Felde haben die classischen Juristen eine Reihe von Wendungen gebraucht, welche auf das Deutlichste bezeugen, daß die Zulässigkeit der Incerti Condictio auf Liberation lediglich von der Zuständigkeit der Exceptio doli mali abhängt, und nur in Fällen eintritt, wo, wenn geklagt worden wäre, die Klage mit der Exceptio doli mali hätte zurückgewiesen werden können. Am Deutlichsten sind hier die Zeugnisse der classischen Juristen auf dem Gebiete der Condictio Indebiti. Wenn nämlich in Folge einer Delegation ein Indebitum einem Dritten promittirt wird, so findet gegen die Stipulationsklage aus dem Indebitum promissum eine Doli exceptio von Seiten des Promittenten statt, und diese Einrede hat hier eine selbstständige, von der Liberationscondiction völlig unabhängige Natur: denn diese steht nur daneben gelegentlich als eine Folge des erweiterten Condictionsgebietes erwähnt. Hier sind vorzüglich folgende Stellen entscheidend:

Julianus lib. 60 Digestorum[42]):

> Aliud juris est, si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, jussu tuo spoponderim ei, cui donare volebas. Exceptione enim doli mali tueri me potero, et praeterea incerti condictione stipulatorem compellam, ut mihi acceptam faciat stipulationem. — Item si ei, quem creditorem tuum putabas, jussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, petentem doli mali exceptione submovebo et amplius incerti agendo cum stipu-

[41]) L. 1. §. 2. L. 3. D. 12, 7.

[42]) L. 2. §. 3 und 4. D. 39, 5. (de donat.) Diese Stelle Julians wird auch von Ulpian referirt und dessen Ansicht gebilligt, L. 7. pr. §. 1. D. 44, 4. (de doli mali exc.) Die Worte incerti agendo bezeichnet Ulpian mit dem Wort condictione.

latore consequar, ut mihi acceptam faciat stipulationem.

Paulus lib. 3. ad Sabinum[43]).

Sed si falso existimans se damnatum vendere, vendiderit; dicendum est, agi cum eo ex empto non posse, quoniam doli mali exceptione actor submoveri potest, quemadmodum si falso existimans se damnatum dare, promisisset, agentem doli mali exceptione submoveret. Pomponius etiam incerti condicere eum posse ait, ut liberetur.

In ähnlicher Weise stehen beide Rechtsmittel auch in der Lehre von dem Damnationslegat einander gegenüber. Ist nehmlich dem Erben auferlegt worden, des Erblassers Schuldner zu liberiren, so kommen dem Legatar gleichfalls beide Rechtsmittel zu, die Doli Exceptio zur Abweisung der Schuldklage, und die Incerti Condictio auf Liberation, was gewöhnlich durch Acceptation, seltener durch Pactum de non petendo realisirt werden soll[44]). Dieser Dualismus beider Rechtsmittel ist nach dem Gesagten in folgender Weise zu erklären. In solchen Fällen war die Anwendung der Doli Exceptio ursprünglich, als das Condictionengebiet nur auf Actio si paret dare

---

[43]) L. 5. §. 1. D. 19, 1. (de action. empti).

[44]) L. 3. §. 3. D. 34, 3. (de lib. leg.) L. 26. §. 7. D. 12, 6. (de cond. ind.) von Ulpian. L. 8. D. 44, 4. (de doli mali). Dolo facit, qui petit, quod redditura est. Sic si haeres damnatus sit non petere a debitore, potest uti exceptione doli mali debitor et agere ex testamento (Paulus lib. 6 ad Plautium). Die Anfangsworte sollen nicht heißen: Im Dolus befindet sich jeder, welcher, was er jetzt einklagt, zurückgeben muß, sondern sie besagen nur soviel: In Dolo befindet sich, wer die Aussicht hat, das zurückgeben zu müssen, insoweit er der Condictio Indebiti und Andern unterliegt. Und dabei wird stillschweigend vorausgesetzt, daß auch die übrigen Erforderniße dieser Klagen im concreten Falle zutreffen müssen.

oportere beschränkt war, der einzige Weg, auf welchem das Legat realisirt werden konnte. Erst späterhin, als sich das Condictionengebiet durch Zulassung der Condictiones Incerti erweiterte, gestaltete sich die Liberationsklage nach derselben Richtung hin, in welcher die Exceptio doli mali wirken konnte, weil man sich schon früherhin daran gewöhnt hatte, das bei unterlassener Einrede Gezahlte unter die Kategorie des Indebitum Datum zu subsumiren und so unter Umständen eine Actio auf si paret dare oportere zu gewähren, insofern die Zahlung nicht gerade unter die Schenkung subsumirt werden konnte. Dann treffen im spätern Rechte zwei verschiedene Rechtsmittel zum Schutze der nämlichen Person zusammen, von welchen das eine prätorischen, das andere civilen Ursprungs ist; von welchen das eine die Fortdauer der strengen Klage aus dem Geschäfte voraussetzt und deren Verwirklichung auf prozessualischem Wege ausschließt, das Andere hingegen die Bestimmung hatte, auch die Möglichkeit jener strengen Klage durch Acceptilation der Stipulation aufzuheben.

Von der Dogmengeschichte der Incerti Condictio, die wir hier nicht ausführlich mitzutheilen gedenken, werden hauptsächlich wohl nur folgende Punkte von Bedeutung seyn. Die verschiedenen Ansichten der Interpreten kommen im Wesentlichen darin überein, daß sie sich lediglich um die Begränzung des Condictionsgebietes herumdrehen, indem Einige der Incerti Condictio ein engeres, Andere ein weiteres Gebiet zuweisen. Nach Azo, dessen Ansicht ich indessen nur aus den Auszügen bei Bartolus kenne, ist sie eine selbstständige Klage, die mit Ausnahme der Stipulation in allen Fällen zusteht, wo der Gegenstand der Obligation ein Incertum ausmacht[45]). Sodann finde ich, daß Jason[46]) sie für eine Condictio generalis erklärt, was im Sinne der Glosse und im Gegensatze zur Certi Condictio generalis nur folgenden Sinn

[45]) Bartolus ad L. etsi 22 cum iter D. de cond. ind. p. 155 A.
[46]) ad l. c. p. 138 B.

haben kann: in allen Fällen, wo die Certi Condictio generalis außer dem Darlehn zugelassen wird, findet auch die Incerti Condictio Anwendung, sobald ein Incertum Gegenstand der Obligation ist, und dadurch wird eine Art von Concurs derselben herbeigeführt mit den Klagen, welche unmittelbar aus dem Obligationsgrunde herstammen. Gegen einen solchen Klagenconcurs hat sich indessen bereits Bartolus entschieden erklärt[47]) und die Incerti Condictio nur aus solchen Obligationsgründen zugelassen, welche eine Condictio zu erzeugen vermögen, wofern diese Einzelgründe nicht zu den Contracten und Quasicontracten gehören. In der neueren Zeit hat, seit Donellus die richtige Ansicht über das Condictionsgebiet aufgestellt hatte, der Streit über die Begränzung desselben so gut wie geruht. Erst in der Jüngstzeit hat man ihn wieder aufgenommen. Namentlich hat Gans[48]) die richtige Ansicht verfochten, freilich ohne seinen bedeutenden Vorgänger zu kennen, und seiner im Ganzen recht gelungenen Deduction sind mehrere von den Jüngern beigetreten, namentlich Heffter[49]), Bachofen[50]), Hesse der j.[51]), der indeß die Actio ex Testamento und ex Stipulatu vom Gebiet der Incerti Condictio auszuschließen geneigt ist. Mühlenbruch[52]) äußert sehr klar, daß dieselbe überall im Gegensatze der Actio ex Stipulatu zusteht, wo in Rücksicht des Gegenstandes oder Zwecks einige Unbestimmtheit eintritt, dennoch aber nicht quicquid dare facere oportet, sondern mit der Condictio auf si paret dare oportere geklagt wird. Demnach trete sie unbedingt ein, wenn der Gegen-

---

[47]) l. c. p. 155 d.

[48]) Ueber Römisches Obligationenrecht S. 88—91.

[49]) Observ. ad Gaji librum IV. cap. 14. p. 72 sq.

[50]) de Romanorum iudiciis p. 183.

[51]) Ueber das Wesen der Actio im Rheinischen Museum für Jurisprudenz Bd. 6. S. 81—83.

[52]) Recension der Schrift von Gans in den Heidelberger Jahrbüchern 1821 Bd. 1. S. 60 ff.

stand der Forderung gar kein Corpus, keine Quantität ist, wie bei der Servitutenbestellung, oder einem indebite ertheilten Versprechen; ferner wenn in Ansehung des Individuums noch einige Unbestimmtheit obwaltet, z. B. bei alternativen Obligationen, oder wenn dieß in Rücksicht auf die Qualität oder die Existenz der Fall ist; wenn mehr als das Hauptobject überhaupt Gegenstand der Forderung ist, nämlich auch seine Accessionen; wenn aus einer Hauptobligation terminsweise fällige, übrigens aber völlig unbestimmte Leistungen gefordert werden; endlich wenn ein Pfandgläubiger die Condictio furtiva anstellt, indem er zuvor ein Recht auf das Object selbst, aber nur seines eigenen Interesses halber hat. Diese Theorie ist in neuester Zeit auch von Weller[53]) und Unterholzner[54]) angenommen worden. Wie sie indessen mit dem speciellen Inhalte der Römischen Rechtsquellen vereinbar sey, ist wenig begreiflich. Einmal ist es schon gegen alle historischen Traditionen, eine Klage auf si paret dare oportere da anzunehmen, wo die classischen Juristen von incerti condicere, incerti agere u. s. w. sprechen. Diese Ausdrücke hängen nämlich offenbar mit dem Sprachgebrauche der classischen Juristen zusammen, welcher die Ausdrücke incerti agere, incerta actio, incerta formula lediglich auf den Inhalt der Intentio mit quicquid dare facere oportet bezieht[55]). Sodann läßt sich auf das Bestimmteste nachweisen, daß in Einzelfällen der Incerti Condictio gar nicht von einer Formula auf dare oportere die Rede seyn kann. Dieser Ausdruck bezeichnet nämlich in der Condictionsformula immer Eigenthumsübertragung. Wie ist aber dergleichen möglich, wo

---

[53]) Geschichte des Röm. Rechtes S. 611. (1. Ausg.)

[54]) Systematische Zusammenstellung der Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. I. S. 337.

[55]) Vergl. Gajus inst. IV. §. 54., 131. Dazu Heimbach über die doppelte Bedeutung der in factum actio in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 11. S. 292 ff.

die Aufhebung einer constituirten Obligation d. h. die Liberation, ferner eine unterlassene Caution u. s. w. Gegenstand der Incerti Condictio sind (vergl. S. 82), also in Fällen, wo gar kein Object vorliegt, welches unter den Begriff des Eigenthums fallen könnte? Das Nämliche gilt auch von den Fällen, wo die bloße Besitzübergabe Gegenstand der Incerti Condictio ist, da ja dare nicht blos die Uebertragung des Eigenthumsbesitzes bezeichnen kann. Daß die Incerti Condictio in diesem Falle auf quicquid dare facere oportet concipirt wird, dafür ergiebt folgende Analogie einen schlagenden Beweis. Aus der Stipulatio rem dari vacuamque possessionem tradi wird zur Zeit der classischen Juristen nicht mit der Actio auf dare oportere, sondern mit der Incerti actio ex Stipulatu geklagt[56]), und das stimmt ganz zu dem Grundsatze, daß Stipulationen auf Besitzübergabe kein Certum, sondern nur ein Incertum enthalten. Nun wird aber nach einem sehr klaren Zeugnisse des Gajus die Incerti Actio ex Stipulatu nicht auf dare oportere concipirt, sondern auf quicquid dare facere oportet[57]). Warum sollte es nun bei den übrigen Condictionsfällen anders gewesen seyn? Diese Gründe scheinen gegen die hier verworfene Ansicht durchaus entscheidend, und es ist wohl nur lediglich der Auctorität eines bedeutenden Gelehrten zuzuschreiben, wenn sie von einigen Neuern ohne weitere Prüfung angenommen worden ist.

Wir haben es versucht, aus der Geschichte der Incerti Condictiones nachzuweisen, daß das Condictionengebiet der älteren Zeit sich lediglich auf Actionen beschränkt hat, deren Intentio auf si paret dare oportere gerichtet war. Allein mit diesen Bemerkungen ist die Reihe der Gründe, welche für diese Beschränkung

---

[56]) L. 4. D. 22, 1. (de usuris) Si stipulatus sit rem dari vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba consecuturum te ratio suadet (Papinianus lib. 27. quaestionum).

[57]) Gajus inst. IV. §. 136.

sprechen, noch keineswegs erschöpft. Die vorzüglichsten derselben sollen hier noch in Kurzem berührt werden.

Zunächst gehört hierher die Geschichte der Stipulationen. Nach der Lehre des classischen Rechtes entspringen aus den Stipulationen möglicher Weise zwei Klagen, die Certi Condictio auf si paret dare oportere, wenn ein Certum das Stipulationsobject ausmacht und die Actio ex Stipulatu für alle andere Fälle, in welchen die Richtung auf ein Incertum bereits in der Demonstratio namhaft gemacht, und noch mehr in der Fassung der Intentio auf quicquid dare facere oportet ausgeprägt wird[58]). Da nun in beiden Fällen ein und dasselbe Geschäft zu Grunde liegt, und die Römer bei der Einführung der Klageformeln gewöhnlich nur die Beschränkung auf den Nothfall festgehalten haben, so wird es schon von vorn herein sehr unwahrscheinlich, daß beide Klagformulä aus demselben Substrat zu gleicher Zeit unabhängig von einander entstanden seyen. Betrachtet man hingegen, wie es im Obigen geschehen ist, die Certi Condictio als die ältere, und ursprünglich einzige Klage auf dem Condictionengebiet, so wird Alles von selbst klar. In der ältern Zeit anerkannte man nämlich als Stipulationen nur solche, welche ein Certum zum Gegenstande hatten. Eine sehr bestimmte Spur dieser Ansicht hat sich in einer Stelle des Varro erhalten, welcher die Stipulationen ursprünglich lediglich für Geldgeschäfte erklärt, und daß diese ein Certum zum Gegenstande haben mußten, liegt bereits in der Natur der Sache. Eine weitere Bedeutung liegt nach dem classischen Pandectenrechte in der Lehre von den Compromissen auf einen Schiedsrichter. Ein Conpromiß wird regelmäßig durch gegenseitige Stipulationen abgeschlossen; allein hier verlangte das Prätorische Edict sehr bestimmt, daß die Compromißstipulation

---

[58]) Gajus inst. IV. §. 136. iudex esto: quod A. A. de N. N. incertum stipulatus est — quicquid ob eam rem N. N. A. A. dare facere oportet.

auf eine bestimmte Geldsumme lautet[59]). Indessen haben die classischen Juristen nach Einführung der Incerti Actio ex Stipulatu interpretationsweise auch Compromißstipulationen auf ein Incertum zugelassen[60]). So steht denn in dem Justinianischen Pandectenrechte die klare Bedeutung des älteren Principes neben der Ausdehnung des jüngeren Rechtes. Ein weiterer Grund für die spätere Entstehung der Incerti Actio ex Stipulatu läßt sich erst entwickeln, wenn wir das Object derselben näher ins Auge fassen. Nach der allgemeinen Lehre der classischen Juristen bildet in dieser Klage lediglich das klägerische id quod interest den Gegenstand der Actio und Intentio. Weil aber der Judex in der Formula angewiesen wird, dieses Interesse in Geld abzuschätzen, so hat natürlich der Kläger im Laufe des Prozesses sein Interesse und die Größe desselben ausführlich zu beweisen, wenn er überhaupt eine Condemnation des Beklagten zu erwirken beabsichtigt. Von diesem Standpunkt aus wird es erst völlig erklärlich, weßhalb Labeo für die Fassung der Prätorischen Stipulationen den Rath giebt, soviel als möglich von Anfang an immer eine bestimmte Geldsumme einzufügen[61]), wodurch die Prätorische Stipulation den Charakter der Conventionalstrafe annimmt. Natürlich empfahl er hier die ursprüngliche, längst anerkannte Function der Stipulation als vorzüglich und wirksam, weil auf diesem Wege der Kläger des lästigen Interessebeweises überhoben wird, welcher ihn bei der Incerti Actio ex Stipulatu immer erwartete. Eine Anwendung dieser Maxime kommt bei der Stipulatio aliquem sisti vor. Hier wird es zur Zeit der classischen Juristen als das Gewöhnliche geschildert, daß eine Geldstipulation eingefügt ist. Ist dieß nicht der Fall, so kommt aushülfeweise das Interesse des Klägers als Klagobject in Frage[62]), allein es bedurfte zur Feststellung dieses

---

[59]) L. 8. §. 2. L. 11. §. 2. D. 4, 8. (de receptis).

[60]) L. 11. §. 2. L. 27. §. 7. L. 28. D. ibid.

[61]) L. 8. §. 2. D. 46, 8. (rem ratam haberi).

[62]) L. 81. D. 45, 1. (de V. O.) Quotiens quis alium sisti promittit nec

Satzes erst des Einflusses der Doctrin gerade nach der nämlichen Richtung hin, wie sie auch bei den compromissarischen Stipulationen thätig gewesen ist. In ähnlicher Weise geben noch die Verfasser der Justinianischen Institutionen bei der Stipulatio, welche auf ein Factum gerichtet werden soll, den Rath, eine Conventionalstrafe schließlich beizufügen, damit der Kläger des lästigen Beweises überhoben werde, daß er überhaupt an der Erfüllung derselben ein Interesse habe, und wie hoch sich dasselbe in Geld beläuft[63]). In allen diesen Einzelanwendungen blickt die Idee hindurch, daß die aus dem Geschäfte mögliche Incerti Actio ex Stipulatu auf der Erweiterung des ursprünglichen Stipulationsgebietes beruht, und besser und einfacher durch die Certi Condictio ersetzt wird, wenn diese aus der Endclausel der Conventionalstrafe überhaupt möglich ist.

Auch die Geschichte der Condictio führt zu dem nämlichen Resultat. Daß die Condictionen des Formularprozesses sämmtlich aus der Legis actio per condictionem entstanden sind, und die Condictionsgründe der classischen Zeit sich überhaupt aus dem Bereich dieser Legis actio entwickelt haben, kann nach den bei Gaius aufbehaltenen Nachrichten nicht weiter zweifelhaft seyn. Betrachten wir nun das Gebiet der Legis actio genauer, so wird uns hier als natürliche Gränze desselben angegeben, daß die

---

adiicit poenam (puto vel servum suum vel hominem liberum) quaeritur, an committatur stipulatio? Et Celsus ait, etsi non est huic stipulationi additum, nisi steterit poenam dari, in id, quod interest sisti, contineri. Et verum est, quod Celsus ait. Nam, qui alium sisti promittit, hoc promittit id se acturum, ut stet (ULPIANUS lib. 77. ad edictum). Zum Verständniß der Stelle ist festzuhalten, daß der Ausdruck poenam promittere immer auf eine Conventionalstrafe geht, die in einer runden Geldsumme besteht. Vergl. L. 38. §. 2. u. 17. S. 45, 1 (de Verb. obl.) L. 11. §. 2. D. 4, 8. (de recept.) §. 7. J. 3, 15. (de verb. oblig.)

[63]) §. 7. J. 3, 15. (de V. O.)

Legis actio sich lediglich auf Objecte der Datio erstreckt hat, was in der Kunstsprache der classischen Zeit lediglich von der Eigenthumsübertragung verstanden werden kann, und zwar nur auf die Datio von Certae res, wie sich aus Verfügungen der Lex Silia und Calpurnia hinreichend herausstellt. Hiernach muß es auch im Formularverfahren einmal eine Zeit gegeben haben, in der die Condictionsgründe des classischen Rechtes, welche sämmtlich aus dem Gebiete der Legis actio entstanden sind, die Datio von res certae allein zum Objecte gehabt haben; mit andern Worten, in welcher die Einzelklagen des Prätorischen Condictionensystems lediglich auf si paret dare oportere gerichtet werden konnten, und also die Incerti Condictiones auf dare facere von dem Gebiete völlig ausgeschlossen waren. Möglich, daß dieser Zustand der Dinge noch eine geraume Zeit fortgedauert hat, als man schon ziemlich allgemein die Prozesse in der Gestalt des Formularverfahrens abzusetzen gewohnt war. Erst in dieser Periode ist denn auch der Ursprung der Incerti actio ex stipulatu zu suchen, welche die römischen Juristen auf eine im Prätorischen Edicte proponirte Formula zurückzuführen gewohnt sind. [64])

Endlich kommt hier noch eine merkwürdige Condictionenregel des classischen Rechtes in Erwägung, die lediglich auf dem engern Condictionengebiete entstanden seyn kann: nämlich nemo rem suam nisi furi condicere potest, welche nicht etwa die Bedeutung hat, daß die Condictio durch die Eigenthumsklage ausgeschlossen wird, sondern vielmehr lediglich besagt, daß Sachen, die uns eigenthümlich zugehören, nur insofern Gegenstand der Condictio werden können, als sie aufgehört haben, unser Eigenthum zu seyn. [65]) Diese Regel bezieht sich zunächst nur auf die Fassung

---

[64]) Gaius inst. IV. §. 136: item admonendi sumus, si cum ipso agamus, qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam.

[65]) Vgl. Heimbach die Lehre von der Frucht S. 143.

der Condictionenklage si paret dare oportere, und wird aus dieser Fassung von den classischen Juristen erklärt. [66]) Eine Anwendung davon kommt auch im Gebiete der Condictio ob causam datorum vor, und gerade da wird sie ebenfalls von einem alten Pandektenscholiasten zu l. 3. D. 12, 4. (de cond. causa data) in den Basilica ed. Heimbach tom. III, p. 3. in der angeführten Weise erklärt und in ihrem juristischen Grunde auf die Intentio der Formula si paret dare oportere zurückgeführt. Bei Incerti Condictiones kann die Regel nicht entstanden seyn, überhaupt auf diesem Gebiete gar nicht vorkommen, weil sie eine im Eigenthum des Condicenten befindliche Res als Object der Intentio voraussetzt, also eine bestimmte Sache, die überall nur Gegenstand des certum petere, nicht aber der Incerti actio werden kann, da diese lediglich auf ein Incertum gerichtet ist, und das klägerische Interesse zum einzigen Klagobject erhebt. Dieß nun hat Wächter [67]) übersehen, wenn er die hier nach den Quellen bezeugte Ableitung aus der Condictionsformel auf si paret dare oportere in Zweifel zieht und für sie einen Grund aus der innern Natur der Condictionen beanspruchen will. — Diese Darstellung der Sache involvirt nun von selbst die Begränzung des ältern Condictionengebietes durch die Fälle, wo eine actio auf si paret dare oportere möglich ist. Als nun späterhin dieses durch die Aufnahme der Incerti condictiones erweitert wurde, blieb man gleichwohl fernerweit bei der angeführten Regel stehen, und ließ auch consequenter Weise niemals die Incerti condictio zur Forderung einer nostra res zu, wenn auch die auf dare facere gerichtete Intentio derselben das rem nostram condicere nicht gerade auszuschließen scheint, in der That aber wirklich ausschließt, weil dann nicht res nostra, sondern das klägerische Interesse den alleinigen Gegenstand der Klage ausmacht.

---

[66]) Dieß sagt ausdrücklich Gaius inst. IV, §. 4; §. 14. J. 4. 6. (de actionibus) ibique Theoph.

[67]) a. a. O. Heft 2. S. 97.

Daß die weitere Erklärung des Wesens der strengen Obligationen lediglich auf dem Wege ihrer prozessualischen Behandlung bei angestellter strenger Klage möglich sey, ist eine Bemerkung, welche sich bei genauerer Ansicht des Quellenmaterials, was uns in den justinianischen und vorjustinianischen Rechtsquellen überliefert worden ist, von selbst aufdringt. Hauptsächlich kommt hier der prozessualische Gegensatz der strengen und freien Klagen in Frage, für welchen wir durch die Untersuchungen von Savigny's[68]) zuerst eine dauernde, feste Grundlage gewonnen haben, an welche sich die weitere Rechtsforschung anschließen mag. Die Resultate der neuen Untersuchung sind im Wesentlichen folgende. Die Eintheilung der Klagen in strenge und freie bezieht sich zur Zeit der classischen Juristen nicht auf alle Actiones, welche auf dem Rechtsgebiete vorkommen können, sondern lediglich auf die ordinaria judicia, in denen das Prozeßverfahren zwischen Prätor und Juder getheilt ist, und zur Absetzung des Beweisverfahrens ein Privatmann mit einer Formula niedergesetzt wird, und unter dieser nur auf Civilklagen; er beschränkt sich aber auch im Gebiete der letztern lediglich auf die actiones in personam und zwar von diesen wiederum nur auf solche, die aus Contracten oder contractähnlichen Verhältnissen entstehen, mit Ausschluß der reinen Delictobligationen. Der Grundgedanke der freien Klagen ist, daß die Rechtsgeschäfte, aus denen sie entstehen, unter dem Schutze der Sitte stehen, weil sie sich auf Treu und Glauben (bona fides) basiren, und daß, wenn Streitigkeiten aus solchen Geschäften entstehen, jeder Einzelne die Möglichkeit eines Irrthums in der eignen Person und in der des Gegners gleich willig anerkennen und sich somit leicht mit dem Andern über einen unpartheiischen Schiedsrichter einigen werde, dessen Ausspruch sie unter sich als das wahre Recht gelten lassen werden. Und dieser Schiedsrichter

---

[68]) System des heutigen Römischen Rechtes, Band V. Seite 107 folg.; Seite 470 folg.

werde dann nicht, wie der eigentliche Richter, erst festzustellen haben, was das strenge Recht gebietet, sondern was im vorliegenden Falle nach redlicher Sitte von selbst und ohne Zwang zu beobachten sey.

Mit dieser Behandlungsweise der freien Klagen nach der prozessualischen Seite hin hängt secundär noch ein anderer Umstand zusammen, der gleich hier zur Sprache gebracht werden soll. Es ist nämlich in jedem bonae fidei judicium schon gleich von vorne herein die Möglichkeit gegeben, daß jeder von den Contrahenten aus demselben Geschäfte Gläubiger und Schuldner des Andern werden kann, und hiernach setzt die Anstellung jeder freien Klage bereits ihrem Wesen, ihrer Formula nach voraus, daß alle diese gegenseitigen Ansprüche aus demselben Geschäfte in Einem und dem nämlichen Prozesse vor dem nämlichen Judex zur Sprache gebracht und von ihm bei der Abfassung des Endurtheils berücksichtigt werden können. Diese mögliche Zweiseitigkeit aller freien Klagen und der ihnen zu Grunde liegenden Geschäfte liegt in der Natur des Compensare ex eadem causa zu Tage, d. h. der Befugniß des Arbiter, die für den Beklagten aus demselben Geschäfte erwachsenen Ansprüche, auch wenn sie nicht bereits vor dem Prätor auf dem Wege der postulatio exceptionis geltend gemacht worden sind, zu berücksichtigen, zu Gelde zu veranschlagen und von dem Betrage der Condemnationssumme abzuziehen, oder, falls sie letztere übersteigen, eine Absolution eintreten zu lassen. Diese Compensationsbefugniß ist bei den freien Klagen so wesentlich, daß sie von den classischen Juristen geradezu auf die Grundlage des Vertrags zurückgeführt wird [69]); sie ist aber gleichwohl

---

[69]) Gaius inst. III, §. 63 : sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, id officio eius contineri creditur. Die Stelle ist auch in anderer Hinsicht höchst merkwürdig, weil sie nach dem Gegensatz den Beweis giebt, daß zur classischen Zeit alles zum officium judicis gerechnet ward, was derselbe bei der Aburtheilung der Sache in Obacht zu nehmen hatte, wenn es in der Fassung der Formula nicht ausdrücklich namhaft gemacht war.

in diesen Klagen nur bedingt wesentlich, da sie einestheils das Vorhandenseyn von Gegenansprüchen ex eadem causa in der Person des Beklagten voraussetzt, anderntheils überhaupt auch nur über gewisse Voraussetzungen Wirkung äußern kann, nämlich, daß der Grund der Klage von dem Kläger erwiesen wird, weil im gegentheiligen Fall schon nach den allgemeinen Grundlagen des Prozesses eine Absolution erfolgen muß, mithin die Gegenansprüche des Beklagten dann gar nicht weiter in Betracht kommen.[70]) Nach dieser Darstellung der Sache hatte also der Judex bei der Fällung der Sententia folgende Einzelfragen auf einander zu halten:

1) Ist die Klage begründet?
2) Auf wieviel sind die vom Kläger erwiesenen Ansprüche zu veranschlagen?
3) Hat der Beklagte aus dem nämlichen Obligationsverhältnisse, was der Klage zu Grunde liegt, Gegenansprüche an den Kläger?
4) Auf wie viel sind diese Gegenansprüche zu veranschlagen, und auf wie viel ist in dessen Folge die Condemnationssumme zu mindern?

So erklärt es sich nun einfach, daß man schon zeitig darauf kam, die freien Klagen der juristischen Möglichkeit nach als zweiseitig anzusehen, und wie man sie vom Standpunkt des Judex aus bezeichnen konnte als Judicia, in denen die aus Einem Rechtsgeschäfte, aus Einem Obligationsgrunde für beide Partrien sich ergebenden, gegenseitigen Obligationen möglicher Weise gegen einander geltend gemacht und die Eine gegen die Andere abgewogen werden konnte. Man darf indeß, wenn wir die hier einschlagenden Quellenzeugnisse betrachten, zu deren richtiger Würdigung

---

[70]) Am klarsten hebt dieß Gaius selbst heraus, wenn er IV. §. 60 die Compensationsbefugniß an die vorhergehende Erörterung des Wesens der freien Klagen mit den Worten anknüpft: in quo et illud continetur. Eben so §. 30. J. 4, 6. (de action.)

niemals die Thatsache aus den Augen verlieren, daß die Ausdrücke, welche diese mögliche Zweiseitigkeit der bonae fidei judicia aussprechen, nur die Eine Seite der freien Klagen bezeichnen, nicht aber etwa deren ganzes juristisches Element den Augen des Lesers vorführen sollen. Es kommen in dieser Rücksicht hauptsächlich folgende Zeugnisse in Betracht.

Cic. de officiis III. 17.

> Quintus quidem Scaevola pontifex maximus summam vim dicebat esse in omnibus arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona. — In his magni esse iudicis, statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.

Gaius inst. III. §. 137. [71])

> In his contractibus (sc. qui nudo consensu fiunt) alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet.

(Daß die Consensualcontracte freie Geschäfte sind, ist bekannt. In den Schlußworten wird offenbar auf den Inhalt der freien Klagen angespielt, wie bereits die Vergleichung der ersten Stelle sattsam ergiebt.)

Idem lib. 3. Aureorum. [72])

> Si quis absentis negotia gesserit, siquidem ex mandatu, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet. Si vero sine mandatu, placuit quidem sane eos invicem obligari, eoque nomine proditae sunt actiones, quibus aeque invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet.

---

[71]) Daraus ist genommen l. 2. §. 3. D. 44, 7. (de obligat. et act.)

[72]) l. 5. pr. D. ibid.

(Hier ist zunächst wiederum nur von dem Mandate und der negotiorum gestio die Rede, und darauf werden die Ausdrücke übertragen, welche eigentlich nur den freien Judicia eigenthümlich sind.)

Die letzte Stelle wendet das invicem obligari, das alterum alteri praestare oportere, welches die mögliche Gegenseitigkeit der freien Klagen bezeichnet, auch auf das Verhältniß der directen und conträren Klagen zu einander an, und liefert mithin so den directen Beweis für die Behauptung, daß die mögliche Gegenseitigkeit solcher Geschäfte, wenn sie auch in der Formula quicquid dare facere oportet ex fide bona durch die Gestattung des Compensare ex eadem causa anerkannt wird, doch nicht lediglich in dieser Fassung der Formula ihren Grund hat, sondern vielmehr außer derselben in der Natur des Obligationsverhältnisses selbst zu suchen ist, was dergleichen Klagen zu Grunde liegt. Wie könnte auch sonst der Grundsatz der Gegenseitigkeit für die conträren Klagen gelten, die gar kein solches Compensare ex eadem causa zulassen, wenn das Wesen dieser Gegenseitigkeit lediglich in der Befugniß bestanden hätte, in der directen Klage ex eadem causa zu compensiren? In der That spricht für diese tiefere Auffassung der Sache auch im Allgemeinen der Römisch-rechtliche Grundsatz, daß actiones zur classischen Zeit nicht an und für sich allein bestehende Rechte waren, sondern lediglich als Folgerungen und Wirkungen von Obligationsverhältnissen in Betracht kamen, mithin deren Eigenthümlichkeiten auch in der Formula auszuprägen hatten, durch deren Medium lediglich damals die Actio realisirt werden konnte. [73]) Nur daß für uns, die wir vollstän-

---

[73]) Theophil. paraphr. inst. III, 14 pr. : ὁ γὰρ περὶ ἐνοχῶν διαλεγόμενος ἠρέμα καὶ περὶ ἀγωγῶν διαλέγεται · μητέρες γὰρ τῶν ἀγωγῶν αἱ ἐνοχαί, d. h. denn, wer über die Obligationen spricht, spricht stillschweigend auch über die Klagen : denn die Obligationen sind die Erzeugerinnen der Klagen (wo natürlich actio im Römischen Sinne als Recht aufgefaßt werden muß). Die Ausführungen von Hugo über diesen Punkt sind bekannt.

digere Nachrichten über die Formula haben, als über die materielle Behandlung der freien Obligationsverhältnisse vor Gericht, die formelle Seite der Sache eher hervortritt. — Näher hängt mit dem Gesagten noch die Eintheilung der freien Geschäfte in wesentlich und zufällig zweiseitige zusammen, welche von der Pfordten [74]) sehr gut beleuchtet hat. Jene erzeugen nach allen Seiten hin unter den Theilhabern an dem Obligationsverhältniß directe Klagen, weil es in ihrem Wesen von Anfang an gegründet ist, daß jeder von den Betheiligten aus demselben verpflichtet wird und etwas leistet, also in, mit und durch dasselbe zugleich Gläubiger und Schuldner des Andern wird, und das nun findet statt bei dem Kauf, der Miethe, der Emphyteuse und bei allen Forderungen aus einer Gemeinschaft, mag nun dieselbe von den Parteien beabsichtigt seyn, wie im Gesellschaftsvertrage, oder aber außerhalb der Berechnung der Theilhaber liegen, wie dieß bei der Gemeinschaft einer Erbschaft oder eines dinglichen Rechtes an Einzelsachen (der sog. communio incidens) vorkommt. Dagegen sind die Bilateralobligationen der zweiten Art ihrem Begriffe und ihrer Entstehung nach wesentlich einseitig, so daß darin von Vorne herein lediglich das Zurückgeben oder Handeln, vielleicht auch beides zugleich, niemals aber eine Gegenleistung enthalten ist; hiernach wird sich der Vertrag auch in der Erscheinung regelmäßig von Vorne herein als einseitig herausstellen und es in vielen Fällen wohl auch bis zu Ende bleiben. Doch können solche Obligationen durch das Hinzutreten von Umständen zweiseitig werden, die außerhalb ihres eigentlichen Zweckes liegen und in dem Sinne nur zufällig sind, als das obligatorische Verhältniß auch vollkommen besteht, auch wenn sie nicht vorhanden sind, z. B. wenn der Verpflichtete bei der Besorgung fremder Geschäfte

[74]) Ueber die Aufstellung eines praktischen Systems der Verträge, in dessen Abhandlungen aus dem Pandektenrechte, Num. 4. (Erlangen 1847) S. 340 folg.

oder überhaupt für die fremde Sache Auslagen hat, Verwendungen macht oder sonst Schaden erleidet. Dahin gehört das ganze System der contrariae actiones, deren Objecte nach der Befugniß der Compensatio ex eadem causa gleichwohl auch schon in der directen Klage zur Sprache gebracht werden konnte und wahrscheinlich erst späterhin, als man sich von der Unzulänglichkeit dieses Rechtsmittels für die dauernde Deckung des Beklagten überzeugt hatte, Veranlassung zur Einführung eigenthümlicher Entschädigungsklagen geworden ist. Dieß gilt von allen Realverträgen auf die Rückgabe einer Sache in specie, wie Leihcontract, Depositum, Faustpfand, und von den Obligationen aus der Führung fremder Geschäfte ohne Lohn, wie Mandat, Negotiorum Gestio und Vormundschaftsführung. In dieser ganzen Eintheilung der freien Obligationen sehen wir das Princip der Gegenseitigkeit der Forderungen, welche aus einer obligatorischen Thatsache entstehen oder möglicher Weise entstehen können, in der Natur und dem Wesen des ganzen Geschäftes sehr klar vorliegen, indem einige von den freien Obligationsverhältnissen diese Gegenseitigkeit in, mit und durch ihre Entstehung begründen, andere hingegen, wenn sie dieselbe auch nicht von Anfang herein enthalten, doch sie insofern für die Zukunft in Aussicht stellen, als daraus Forderungen ex eadem causa möglich sind, welche theils auf dem Wege der Compensation gegen die directe Klage, theils auf dem der Gegenklage selbstständig zur Sprache gebracht werden können. Daß dieser Gedanke in dem System der freien Klagen durch die Gestattung der directen Klagen von beiden Seiten, oder nur von der Einen, wo sich dann die contrariae actiones ergänzend anschließen, klar und deutlich ausgesprochen wird, liegt auf den ersten Anblick zu Tage; allein lediglich Folge dieses Klagsystems kann er schon um deßwillen nicht gewesen seyn, weil das alterum alteri praestare oportere auch auf das System der conträren Klagen angewendet wird; weil ferner die classischen Juristen eos invicem obligari bei dem Mandate und der Negotiorum Gestio, also in zufällig zweiseitigen Obligations-

verhältnissen nicht auf die Natur der Klage, sondern vielmehr auf das Wesen des ihm zu Grunde liegenden Obligationsverhältnisses zurückführen; endlich weil es auch im Gebiete der freien Klagen Fälle giebt, wo die mögliche Zweiseitigkeit schon nach der allgemeinen Fassung der Formula nicht in Abrede gestellt werden kann, und gleichwohl weder von beiden Seiten directe Klagen gegeben werden, noch da, wo dergleichen nur von der einen Seite zuständig sind, ihnen von der andern conträre Klagen entsprechen, z. B. im Trödelcontracte und Tauschvertrage. — Die hier ausgeführte Ansicht ist nicht neu, sie ist bereits von einem holländischen Juristen Vinnius [75]) ausgesprochen worden, welcher auch die mögliche Zweiseitigkeit der Klagen sehr richtig auf die allgemeine Grundlage der Obligationsverhältnisse, welche ihnen zu Grunde liegen, zurückgeführt hat.

Ganz anders gestaltete sich die Sache bei den strengen Klagen des älteren Römischen Rechts. In diesen war die Möglichkeit des Compensare ex eadem causa von Anfang herein nicht gegeben, und wenn es auch da seit Marc Aurel möglich geworden ist, auf dem Wege der doli mali exceptio Compensationsposten zur Sprache zu bringen, so unterscheidet sich diese Anwendung der Compensation doch darin wesentlich von dem vorigen Falle, daß eines Theils auch solche Posten auf diesem Wege zur Sprache gebracht werden können, welche nicht aus derselben Causa herrühren, also über das der Klage zu Grunde liegende Geschäft gewissermaßen hinausreichen; andern Theils in Folge der allgemeinen Grundsätze, welche von vorgeschützten und bewiesenen Exceptionen gelten, hier niemals eine blose Minderung der Condemnationssumme eintreten, sondern immer eine Abweisung der Klage erfolgen kann. Es ward demnach in den strengen Klagen des älteren Rechts, welche überall kein Compensare zuließen, nirgends die Zweiseitigkeit des Geschäftes vorausgesetzt, welches der Klage zu Grunde liegt; nirgends die Möglichkeit angedeutet, daß

---

75) ad §. 28. J. de actionibus (4, 6).

aus demselben Geschäfte jeder Theilhaber am Obligationsverhältnisse gleich von Anfang herein Gläubiger und Schuldner des andern ward, oder überhaupt werden konnte. Vielmehr kam bei diesen Formulä und den Geschäften, welche ihnen zu Grunde lagen, überall eine gewisse Einseitigkeit zu Tage, welche sich am einfachsten in folgender Formel auflösen läßt, daß in den strengen Geschäften allemal von den Contrahenten nur der Eine Gläubiger des Andern und lediglich nur der Andere Schuldner des Andern seyn kann. Am klarsten finden wir diesen Gedanken auch in den Klagformulä der classischen Zeit ausgedrückt, welche für die strengen Geschäfte gelten. Dieß sind nämlich die Traditionsformeln auf si paret dare oportere und quicquid dare facere oportet [76]), wobei natürlich zur Unterscheidung von freien Klagen die Worte ex fide bona in Wegfall kommen, welche die mögliche Zweiseitigkeit der freien Geschäfte anerkennen. Hier ist aus dem Geschäfte, welches der Klage zu Grunde liegt, überall nur Eine Klage möglich, welche, wer aus dem Obligationsverhältnisse einseitig Gläubiger wird, gegen den Andern anzustellen vermag: das Compensare ex eadem causa ist speciell ausgeschlossen, weil die Klagformula es nicht ausdrücklich anerkennt, auch die Möglichkeit fortfällt, daß aus dem nämlichen Geschäfte gegenseitige Forderungen und Verbindlichkeiten entstehen können. Somit hat der Juder bei der Beurtheilung solcher Klagen nur folgende Einzelfragen auf einander zu halten:

1) Ist die Klage gegründet?
2) Und, wenn dieß der Fall ist, auf wie viel ist die vom Kläger geforderte Sache zu veranschlagen?

---

[76]) Daß strenge Klagen immer in jus concipirt sind, haben bereits Andre bemerkt. Hiernach ist es wenig genau, wenn Burchardi (Lehrbuch des Römischen Rechts Th. 2. S. 124) sagt, daß im Bereiche der Condictionen dem Juder vom Prätor nur gewisse factische Fragen zur Beantwortung gestellt wurden, über die er nicht hinausgehen durfte. Dieß rügt schon Wächter a. a. O. Heft 2. S. 47.

Selbst diese zweite Frage trat nicht in allen Fällen gleichmäßig hervor, sondern nur dann, wenn die intentio nicht auf eine certa pecunia Römischen Gepräges gerichtet war, die sich in der Fassung der Condemnatio wiederholte. Denn, wo diese intentio bereits eine certa pecunia enthielt, war mit dem Beweise des Klägers zugleich der Inhalt der Condemnationssumme nachgewiesen, ohne daß der Judex nöthig gehabt hätte, eine besondere Litisästimation deßhalb vorzunehmen, z. B. bei der actio certae traditae pecuniae. Diese Behandlungsweise, welche das richterliche Verfahren in den strengen Klagen sehr vereinfacht, enthält zugleich den Beweis für die Behauptung, daß in Geschäften, welche dergleichen Klagen zu Grunde liegen, die nur einseitige Möglichkeit der Schuld zum Wesen des Obligationsverhältnisses gehört und sich als ein characteristisches Merkmal derselben herausstellt gegen die freilich nur hypothetisch wesentliche Zweiseitigkeit der freien Obligationen, wie sie im Obigen nachgewiesen worden ist. Mit andern Worten: die strengen Klagen sind in ihrer äußeren Erscheinung, in ihrer prozessualischen Behandlungsweise durchaus einseitig, weil die Obligationsverhältnisse, aus denen sie entstehen, lediglich nach einer Seite hin ein Forderungsrecht, und lediglich nach einer Seite hin eine Schuldverbindlichkeit von Anfang herein und in ihrem Fortgange zu erzeugen fähig sind. Der innere Beweis für diese Ansicht läßt sich erst weiter unten durch Vergleichung sämmtlicher Geschäfte führen, aus welchen nach dem Inhalt der römischen Rechtsquellen möglicher Weise strenge Klagen entstehen können. Außerdem haben sich aus dem Alterthum noch Einzelzeugnisse erhalten, welche diese Einseitigkeit der strengen Geschäfte den freien Geschäften gegenüber in Einzelfällen hervorheben und zur Abgrenzung beider Gebiete gegeneinander benutzen. Diese Zeugnisse sollen jetzt im Einzelnen durchgegangen werden.

1) Gaius instit. III. §. 137.[77]) Dieser Schriftsteller setzt

[77]) Diese Beweisstelle ist bereits von Gans (Scholien zum Gaius S. 387) geltend gemacht worden.

den Unterschied der Consensualcontracte, die erweislich alle freien Klagen erzeugen, im Gegensatz der Stipulation und Expensilation, die beides strenge Geschäfte sind, in die Möglichkeit, daß in jenen beide Contrahenten einander verbindlich werden, in diesen hingegen nur der Eine den Andern obligirt, also daraus nur Einer verbindlich wird. Er thut dieß aber nicht bloß bei den wesentlich zweiseitigen Consensualcontracten, welche nach jeder Seite hin eine directe Klage erzeugen, z. B. bei Kauf, Miethe, Gesellschaft, sondern spricht dieß vielmehr allgemein bei Allen aus, mit Einschluß des Mandats, welches nach seiner zufällig zweiseitigen Natur nur nach der einen Seite hin eine directe, nach der andern aber eine conträre Klage wirkt. Er sagt in dieser Beziehung: Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat; et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur. Diese Stelle ist für die vorliegende Untersuchung besonders deßhalb wichtig, weil sie die Einseitigkeit der strengen Geschäfte in die Grundlage des Obligationsverhältnisses setzt, und dadurch die Ansicht unmöglich macht, daß diese Einseitigkeit lediglich eine Folge der prozessualischen Behandlungsweise sey, welche die strengen Klagen zur Zeit der classischen Juristen erfahren haben.

2) Theophilus paraphr. inst. III. 22. ed. Reitz tom. II. p. 673. Dieser Autor führt den nämlichen Gedanken aus wie Gaius, aber viel ausführlicher, indem er im Gegensatze der bei allen Consensualcontracten möglichen Zweiseitigkeit das Merkmal der Zweiseitigkeit im angeführten Sinne nicht bloß für die verborum und litterarum obligatio in Anspruch nimmt, sondern dieß auch rücksichtlich des Darlehns ausdrücklich thut, was doch immer eine strenge Klage, die actio certae creditae pecuniae oder die certi condictio erzeugt. *Καὶ οὐ μόνον*, sagt er, *ἐν τούτοις διέστηκεν ἡ* consensu *τῶν λοιπῶν ἐνοχῶν*, *ἀλλὰ καὶ ἐν ἐκείνω· ἐπὶ μὲν γὰρ τῶν ἄλλων ἐνοχῶν εἷς μὲν*

γίνεται ὑπεύθυνος, εἷς δὲ κτᾶται τὸν ἕτερον ὑπεύθυνον, οἷον ἐπὶ τῆς ῥὲ ὁ μὲν διδοὺς ἔνοχον κτᾶται, ὁ δὲ λαβὼν ὑπεύθυνος γίνεται· ἐπὶ δὲ τῆς verbis ἔνοχον κτᾶται ὁ ἐπερωτήσας ὑπεύθυνος δέ ἐστιν ὁ ὁμολογήσας· ἐπὶ τῆς litteris ἔνοχος μὲν ὁ γράψας, ἔνοχον δὲ αὐτὸν κτᾶται ἐκεῖνος εἰς ὃν γέγονεν ἡ γραφή· ἐπὶ δὲ τῆς consensu ἑκάτερος ἑκατέρῳ ὑπεύθυνος γίνεται εἰς τοῦτο, ὅπερ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ἐκ τοῦ καλλίστε καὶ δικαίε παρέχειν ἐχρῆν. Nach der Uebersetzung von Reitz: Neque in his solum obligatio consensu constans ab aliis differt obligationibus, sed etiam illo. Nam in ceteris quidem obligationibus unus obligatur, unus alterum obligatum habet, veluti in obligatione re contracta dans obligat, sed accipiens obligatur; in verborum obligatione stipulator obligat, promissor autem obligatur; in litterarum obligatione obligatus est scriptor, obligat vero hunc is, ad quem scriptura pertinet. At in obligatione, quae consensu constat alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono aequo praestare oportet. Bei der Anführung der Realobligationen (ἐπὶ τῆς ῥὲ) hatte der Schriftsteller jedenfalls nur das Darlehn vor Augen, nicht aber auch das Depositum, Commodatum, den Faustpfandvertrag, welche III. 15. §. 2—4 gleichfalls zu den Realobligationen gezogen worden sind, weil bei diesen ihrer freien Klage halber das invicem alterum alteri obligari gerade so wesentlich gilt, wie bei dem Auftrag, welcher zu den Consensualverträgen gehört. Somit ist also der Ausdruck ὁ μὲν διδοὺς, d. h. is, qui dat, im prägnanten Sinne des Condictionengebietes zu nehmen, wo dare die Eigenthumsübertragung bezeichnet, wie sie im Falle des Darlehns von selbst heraustritt, bei den andern Realcontracten aber nicht stattfindet.

3) Ein altes Pandektenscholium zu l. 7. D. de pactis in der Heimbach'schen Basilikenausgabe I. p. 563, erst jetzt aus der einen Coislin'schen Handschrift bekannt geworden, welche die

Basilikenbücher XI—XIV mit so viel neuen Scholien bereichert hat.
Es besagt, daß in den freien Contracten (bonae fidei) entweder jede von den Parteien gegen die andere direct klagen kann, oder daß dieß wenigstens die eine kann, während die andere die contraria actio habe. Sodann wird als allgemeines Merkmal der strengen Geschäfte (stricti iuris) angegeben, daß aus ihnen allemal nur Einer gegen den Andern klagen kann. Ueberhaupt sey es aber ein allgemeines Merkmal der freien Geschäfte, daß jeder von den Contrahenten dem Andern aus dem Geschäfte verbindlich wird (was gerade das Nämliche ausdrückt, wie die sonst in den Justinianischen Rechtsquellen gewöhnliche Formel alterum alteri obligari de eo, quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet), oder daß der Beklagte sich freiwillig den Anforderungen des Klägers unterwirft (dieß ist der von Savigny angeregte Gedanke, Geschäfte, die unter dem Schutze der Sitte stehen, würden leicht jeden von den Contrahenten veranlassen, daß er den Irrthum in der eignen Person und in der des Andern als möglich anerkennend, sich leicht mit dem Gegner über einen Schiedsrichter einigen werde, welcher nach der Natur des Vertrags unter Berücksichtigung der Sitte das aussprechen solle, was die Parteien unter sich als formelles Recht gelten lassen werden). Bei den strengen Geschäften hingegen werde immer nur Einer von den Contrahenten obligirt und nur dieser Eine könne darum verklagt werden (man sieht, der Schriftsteller erkennt nicht blos die Einseitigkeit der strengen Klagen an, sondern, wie es im Obigen geschah, auch die der Geschäfte, welche diesen Klagen möglicher Weise zu Grund liegen). Sollte indeß Jemand vom Darlehn her einwenden, daß der Darlehnsempfänger ja auch sich freiwillig (ἑκὼν) dem Vertrag unterwirft, und das Darlehn doch gleichwohl Zweifelsohne zu den strengen Geschäften gehört, so sey zu antworten, daß ein solcher, d. h. der Darlehnsempfänger, aus dem Geschäfte auch, wenn er nicht will, verbindlich wird, indem er allezeit gezwungen ist, etwas Anderes, als was er empfangen, und zwar aus seinem eignen Vermögen zurückzugeben. (Diese letzte Aeusserung bezieht

sich offenbar auf die weitere Eigenschaft der strengen Klagen, daß bei ihnen gleich von Anfang herein gewiß ist, Etwas werde daraus geschuldet werden, wenn auch die Quantität des Geschuldeten erst durch den Beweis des Klägers und die richterliche Aestimation sich herausstellen kann. Diese anfängliche Gewißheit der Schuld kann aber bei den freien Geschäften regelmäßig niemals zutreffen, weil die Existenz der einen Obligation nicht von Anfang herein gewiß ist, sondern vielmehr abhängt von der Nichtexistenz einer Obligation auf der andern Seite, welche aus dem nämlichen Geschäfte möglicher Weise entstehen kann.) Der Scholiast sagt: *ἐν δὲ τοῖς στρίκτοις συμφώνοις ἀείποτε, ὁ εἷς μόνος κατὰ τοῦ ἑτέρου κινεῖ, οἷον τῇ ἀπερωτήσες, τῷ δανείῳ, τῇ δωρεᾷ καὶ τῷ ληγάτῳ· ταῦτα γὰρ μόνα τέσσαρά εἰσι στρίκτα· γνώρισμα δὲ τῶν καλῇ πίστει συναλλαγμάτων εστὶν τοῦτο· ἢ ἑκάτερος τοὺς συναλλάσσοντας ἐνόχους ἀλλήλοις ἔκοντας γίνεσθαι ἢ τὸν ἐναγόμενον παντὶ τρέτῳ εἶναι ἑκουσίως καθυποβάλλοντα ἑαυτὸν τῷ συναλλάγματι· ἐπὶ δὲ τῶν στρίκτων ἄκων γίνεται ἔνοχος ὁ ἐναγόμενος· εἰδὲ τις εἴπῃ περὶ δανείου καὶ μὴν ὁδανειζόμενος ἑκὼν ὑποπίπτει τῷ συναλλάγματι, ἀλλ' ὅμως τῶν στρίκτων ἔσιν· καὶ ἀκουσίως γὰρ καὶ αὐτὸς, καθ' ὃ ἑτερόν τι, παρ' ὃ ἔλαβε, δοῦναι, ἀναγκάζεται, κατὰ τοῦτο καὶ οἰκεῖον τι διδοὺς ἠναγκασμένος καὶ οἷον ἀκουσίως δίδωσι αὐτό.* Nach Heimbachs Uebersetzung: In stricti iuris actionibus semper unus solus adversus alterum agit, ut in stipulatione, mutuo, donatione et legato. Hi enim quatuor soli contractus stricti iuris sunt. Natura autem bonae fidei contractuum haec est, ut et utraque pars contrahens sua sponte invicem obligetur et ut reus omnimodo ultro se ipsum contractui subiiciat. In stricti iuris vero contractibus reus invitus obligatur. Si vero quis de mutuo dixerit: atqui, qui pecuniam sumit, ultro contractui subiacet, tamen mutuum ad stricti iuris contractus refertur: sic habeto: scilicet, qui mutuum accipit, quia aliud quid, quam, quod accepit, dare, invitus

cogitur, ideo etiam proprium aliquid dans coactus et quasi invitus id dat. (Hier nun ist die Aeusserung, daß sich der Beklagte in freien Geschäften freiwillig der Natur des Contractes unterwirft, nicht von dem Abschlusse des Geschäfts, als vielmehr von der Zeit nachher zu verstehen; denn sonst hätte ja der Gegensatz gar keinen Sinn, daß im Darlehn der Empfänger gegen seinen Willen verbindlich wird und bleibt.)

Die bisher aus directen Zeugnissen nachgewiesene Einseitigkeit der strengen Geschäfte hat auch die späteren byzantinischen Juristen veranlaßt, dieselben geradezu einseitige (μονόπλευρα) zu nennen, im Gegensatze der δίπλευρα, welchem das deutsche zweiseitig entspricht, der allgemeinen Benennung für die freien Geschäfte. Den Beweis dafür giebt folgende Stelle des sogenannten Theodorus aus Hermopolis, unter dessen Namen wir einen Auszug aus den ersten zehn Basilikenbüchern erhalten haben [18]: οὐκ ἐπὶ μόνων δὲ συναλλαγμάτων διπλεύρων ἰσχύει τοῦτο, ἀλλὰ καὶ ἐπὶ στρίκτων ἤτοι μονοπλεύρων non in solis autem contractibus bilateralibus hoc valet, sed etiam in instrictis id est unilateralibus.

Betrachten wir die hier hervorgehobene Einseitigkeit der strengen Geschäfte genauer, so ergiebt sich auf das Bündigste, daß sie auf die prozessualische Behandlung derselben Einfluß gehabt hat, allein nicht darin ihren eigentlichen Grund, ihre eigentliche Quelle haben kann. Es liegt vielmehr in der Natur des Geschäfts selbst, daß, sobald es abgeschlossen wird, durch den Abschluß der Eine unmittelbar, und wofern nicht Suspensiv-Bedingungen hinzugefügt werden, von dem Augenblicke des Abschlusses an verbindlich wird, ohne daß diese seine Verpflichtung durch eine Verbindlichkeit von der andern Seite aufgewogen werden kann. Im Darlehn und in der Stipulation erhält der Empfänger des Geldes und der Promittent gleich von Anfang des Contractes an

---

[18]) lib. 10. tit. 4.

durch den Abschluß desselben eine bestimmte, obligatorische Stellung, die von der prozessualischen Behandlung der Sache völlig unabhängig ist und ihn, falls das Geschäft nur sonst in der juristischen Form eingegangen worden, zu einem dare oder facere verbindlich macht, was unter allen Umständen geltend gemacht und durch Gegenrede nicht ausgeschlossen werden kann. Mit andern Worten, es ist hier von Anfang des Geschäftes an gewiß, daß Etwas geschuldet wird. Auf dieses Merkmal der stricten Geschäfte führt von selbst das Creditum hin, was in der ursprünglichen Bedeutung nur auf das Darlehn durch Numeration sich bezog, späterhin aber auf alle Geschäfte ausgedehnt worden ist, bei welchen es von Anfang an gewiß ist, daß daraus etwas von Einer Seite geschuldet werden wird. In den früheren Zeiten der römischen Rechtsbildung, als man nur die Certi Condictiones auf dare oportere kannte, und lediglich diese als den eigentlichen Bestand der strengen Klagen ansah, erstreckte sich diese anfängliche Gewißheit der Schuld bei strengen Geschäften auch auf das Object der Obligation selbst, — mit andern Worten, man rechnete damals nur solche Geschäfte zu den stricti juris negotia, bei denen es gleich von Anfang herein gewiß ist, daß Etwas, und was daraus einseitig geschuldet wird. Somit waren ursprünglich alle Incerta vom Kreise der strengen Obligationen ausgeschlossen, welche in dem späteren Rechte Veranlassung zur Einführung der Incerti Condictiones geworden sind.

Diese anfängliche Bestimmtheit der einseitigen Schuld und des Schuldobjects bei den strengen Obligationen in der früheren Zeit gewährt uns auch die vollständige Einsicht in das Wesen dieser Obligationen. Man behandelte sie nämlich damals offenbar als ein juristisches, von Anfang an in sich abgeschlossenes Ganze, das durch sich selbst besteht, und in, mit und durch sich selbst geltend gemacht wird. Darauf deuten hauptsächlich nachfolgende Umstände, welche im späteren Rechte davon übrig geblieben sind, und in ihrem Totaleindruck völlig unverständlich sind, wenn wir nicht von dem angegebenen Gesichtspunkte ausgehen.

1) die Stellung der Pacta adjecta zu den strengen Geschäften. Im ältern Rechte unterschied man nämlich nicht, ob dieselben gleich von Anfang an dem Geschäfte hinzugefügt sind, oder erst auf späterer Convention beruhen, sondern gestattete ihnen überhaupt auf die Formation des strengen Geschäftes keinen Einfluß, womit es etwa weiterhin zusammenhängt, daß die aus dem strengen Geschäfte entspringende Klage nicht auf die Erfüllung des Geschäftes ausgedehnt werden kann, weil sie mit dem Wesen des Geschäftes genau zusammenhängt und bei dem Abschluß desselben nach Außen hin gegen die Pacta adjecta auf Etwas nicht bezogen werden kann, was juristisch so betrachtet wird, als wenn es außerhalb des strengen Geschäftes läge. Zwar berechtigen solche Verträge den Schuldner, falls sie ihm günstig sind, zur Vorschützung der Exceptio Pacti, allein, weil diese Aufhebungsart der Obligationen lediglich auf prätorischem Schutze beruht, so bleibt die strenge Klage auf dem Geschäfte auch des Vertragsinhaltes ungeachtet nach dem Civilrechte fortbestehen, wenn sie auch des prätorischen Schutzes halber, welchen jener Inhalt genießt, auf prozessualischem Wege unwirksam gemacht wird. Für die Pacta adjecta, welche erst nach dem Abschluß des strengen Geschäftes hinzutreten, ist man auch zur Zeit des classischen Rechtes bei der Lehre des älteren Rechts stehen geblieben; für die aber, welche gleich von Anfang herein hinzugefügt werden, ist die Sache im classischen Pandectenrechte anders geordnet worden. Denn obschon hier manche auch noch bis in die spätere Zeit hinein die Regel festgehalten haben, daß aus dergleichen Verträgen nur excipirt werden könnte[79]), so war es doch schon zur Zeit Papinians allgemein anerkannt, daß sie dann als Theil, als besonderer Inhalt des strengen Geschäftes zu behandeln sind,

---

[79]) Darauf beziehen sich die merkwürdigen Worte Papinians in L. 40 D. de rebus cred. (12, 1.) etsi, ut ille putabat, ad exceptionem tantum prodesset pactum (quamvis diversa sententia obtinuerit).

welchem sie hinzugefügt worden[80]), mithin auch für die daraus entstehende Klage insofern maßgebend sind, als sie dem eigentlichen Wesen des Geschäftes, dem sie hinzugefügt werden, nicht widersprechen. Diese Ausnahme, welche nicht von allen Neueren anerkannt wird, zeigt sich hauptsächlich in der Lehre vom Darlehn wirksam, theils wenn nach der Verabredung eine höhere Summe zurückgezahlt werden soll, als hingegeben worden ist, was der Natur der obligatorischen Numeration nach unmöglich ist[81]), theils bei einfachen Zinsverträgen, welche, auch wenn sie von Anfang herein dem Darlehn hinzugefügt worden, lediglich als Pacta nuda fungiren, und somit die Veranlassung dazu geworden sind, daß es zur Begründung der Zinsklage neben dem Darlehn eines selbstständigen Obligationsgrundes, der Zinsenstipulation bedarf.

Ganz anders wird die Sache bei den strengen Klagen behandelt, welchen diese anfängliche Abgeschlossenheit nicht zukam, wohl aber eine gewisse Biegsamkeit und Geschmeidigkeit nach dem Inhalt der speciellen Obligationen inwohnte. Hier werden Nebenverträge, die von Anfang dem strengen Geschäfte hinzugefügt werden, gleich von Vorne herein als Theile dieses ursprünglichen Geschäftes behandelt, einerlei, ob sie zum Vortheil des Klägers oder zu dem des Beklagten lauten, und lediglich davon ist es eine Folge, daß ihr Inhalt immer mit der Contraktsklage erzwungen werden kann[82]). Treten sie aber erst in späterer Zeit hinzu, so wird unterschieden, ob sie Etwas zum Nutzen des Klägers ent-

---

[80]) Am klarsten sind hier L. 4. §. 3. D. de pactis (2, 14.) L. 40. D. de rebus creditis. Dicebam, quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur. Aus dieser Regel wird dann späterhin gefolgert, daß die Stipulationsklage auch auf den Inhalt des Pactum adjectum ausgedehnt werden kann. Eben so bei dem Darlehn, was durch Numeration entsteht. L. 12. §. 1. D. 12. 1. (de rebus creditis). Vergl. hier von Savigny System des heutigen Römischen Rechts Bd. 6. S. 127 ff.

[81]) L. 12. §. 1. D. de rebus cred. (12, 1.)

[82]) L. 7. §. 5. D. 2, 14. (de pactis) L. 13. C. 2, 3. (de pactis).

halten, oder das Interesse des Beklagten betreffen. Im ersten Falle werden sie nicht als Inhalt des ursprünglichen Contractes behandelt, also darauf auch nicht die Contraktsklage ausgedehnt, weil sonst nuda Pacta gegen den Inhalt des bestehenden Rechtes eine Klage erzeugt hätten. (Dieß ist gerade dieselbe Regel, welche nach der von den Pandectenjuristen reprobirten Meinung auch bei den strengen Geschäften in Frage kommen sollte; im zweiten hingegen wurden auf sie gerade die nämlichen Regeln angewendet, welche von den anfänglich hinzugefügten Nebenverträgen gelten[83]).)

2) Die ganze prozessualische Behandlungsweise der strengen Klagen. Die Regel, welche dieses Gebiet beherrscht, ist, daß die Schuldverbindlichkeit, welche aus den strengen Geschäften entsteht, mit der Schuldklage als Einheit angesehen wird, d. h. daß sie mit ihr nach allen Seiten hin zusammenfällt — und diese Regel ist lediglich eine Folge der Ansicht, daß jedes strenge Geschäft ein juristisches Ganze bildet, was für sich selbst besteht, und in, mit und durch sich geltend gemacht wird. Diese Regel wird nicht in allen Quellenzeugnissen direct bezeugt, wohl aber finden sich davon zerstreute Einzelanwendungen vor, welche auf das Daseyn derselben mit Bestimmtheit schließen lassen.

a) Eine Spur davon hat sich in der Lehre von der Stipulation erhalten, für welche Gajus[84]) ganz allgemein den Satz aufstellt, daß der Inhalt derselben wirklich in die Intentio der Formula aufgenommen werden müsse.

b) In den Fällen, wo nach der Verabredung der Parteien, oder sonst der strengen Obligation ein Erfüllungsort hinzugefügt ist, bildet derselbe einen so wesentlichen Bestandtheil des Geschäftes, daß die eigentliche Klage daraus an keinem andern Orte zuge-

---

[83]) L. 7. §. 5. D. de pactis (2, 14.). L. 72. D. 18, 1. (de contrah. empt.) L. 13. C. 2, 3. (de pactis).

[84]) Inst. IV. §. 53. Nam sicut stipulatio concepta est, ita et intentio formulare concipi debet. Von der Allgemeinheit des Grundsatzes wird in einer spätern Abhandlung die Rede seyn.

lassen wird; sonst würde die Pluspetitio Loci eintreten, mithin der Kläger ohne Weiteres den Prozeß verlieren[25]). Diese Strenge des alten Rechtes ist indeß im Laufe der Zeit durch die Vermittelung des Prätorischen Edictes dahin gemildert worden, daß im angegebenen Falle eine arbitraria Actio aus dem Geschäfte auch anderwärts, als an dem Erfüllungsorte zugelassen ward, worin der Judex beauftragt ward, vom Betrag der Condemnationssumme das sogenannte Interesse loci abzuziehen[26]). Hierdurch näherten sich die strengen Klagen gewissermaßen den freien Klagen, bei denen von Anfang herein wegen ihrer incerta Intentio die Pluspetitio Loci nicht vorkam, die also ohne Weiteres auch außer dem Erfüllungsorte angestellt werden konnte, wofern der Klagort nur überhaupt einen Gerichtsstand für den Beklagten darbot, und es hiernach nicht erst jenes künstlichen Mittels bedurfte, um die Klage auch außer dem Erfüllungsort hinaus aufrecht zu halten, weil der Judex schon von selbst durch den allgemeinen Inhalt der Formula angewiesen war, bei der Ausmittelung der Condemnationssumme jenes Interesse loci zu berücksichtigen[27]). Fragen wir nach dem Grunde dieser verschiedenen Behandlungsweise der Klagen, so muß man nach Römischen Ansichten zunächst von der Thatsache ausgehen, daß anfänglich hinzugefügte Nebenbestimmungen zur Zeit der classischen Juristen als Theile des Hauptgeschäftes gelten und darauf regelmäßig auch die Contraktsklage ausgedehnt ward. Allein bei strengen Geschäften, welche eine Klage auf dare oportere erzeugen, erscheint der Judex

---

[25]) Am klarsten ist hier L. 1. D. 13, 4. (de eo, quod certo loco) Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere. (Gajus lib. 9. ad edictum provinciale). Vergl. Wächter a. a O. Heft 2. S. 58.

[26]) L. 1., L. 2. pr. §. 1. L. 3—6. D. 13, 4. §. 33. J. 4, 6. (de actionibus) ibique Theoph.

[27]) L. 7. pr. D. 13, 4. L. 5. pr. D. 13, 6. (commodati vel contra) L. 3. §. 4. D. 19, 1. (de actionibus empti). Vergl. Wächter a. a. O. Heft 2, S. 61.

an den Inhalt der Formula rücksichtlich des Obligationsobjectes unabänderlich gebunden, und mußte daher, wenn die Klage außer dem Erfüllungsorte angestellt] und ihm nicht zugleich erlaubt ward, das Interesse loci in der Condemnationssumme zu berücksichtigen, den Strafen der Pluspetitio Raum geben. Bei den freien Klagen fiel dieses Gebundenseyn des Richters an das Obligationsobject aus, und so konnte die Klage ohne Weiteres auch außer dem Erfüllungsorte zugelassen werden. Aus dieser Darstellung der Sache ergiebt sich auch eine gewisse Zeitbestimmung für die Einführung jener arbitraria Actio. Offenbar war sie nämlich nicht eher möglich, als bis man sich allgemein darüber geeinigt hatte, daß anfänglich hinzugefügte Nebenverträge als Theil des strengen Geschäftes, dem sie hinzugefügt wären, behandelt wurden. Und daß diese Ansicht nicht gleich am Anfang allgemein anerkannt worden ist, davon ist bereits oben des Weiteren die Rede gewesen.

c) Nach dem älteren Rechte war die strenge Obligation mit der daraus entstehenden Klage so wesentlich identisch, daß wenn die letztere durch Litiscontestation novirt ward, diese Novation auf die Vermehrung des ursprünglichen Obligationsobjectes von dem angegebenen Zeitpunkte abwärts völlig einflußlos war, daß also die omnis Causa seit der Litiscontestation ursprünglich nicht restituirt ward, während umgekehrt die Vermehrungen des Obligationsobjectes vor der Litiscontestation auch den Betrag der Klage um den Zuwachs vermehren konnten. Der Beweis für den ersteren Theil der Behauptung läßt sich sehr bestimmt aus den Pandectenstellen führen, welche für die Zeit der classischen Juristen bezeugen, daß überall in strengen Klagen die Restitution der omnis Causa seit der Litiscontestation bereits allgemein anerkannt war[88]), dieß aber

---

[88]) Das classische Recht ist außer den gleich anzuführenden Stellen enthalten in L. 3. §. 1. D. 22, 1. (de usuris) L. 91. §. 7. D. 30. (de leg. I.) L. 8. D. 42, 1. (de re judicata). L. 1. u. 4. C. 6, 47. (de usuris et fruct. leg.) Vergl. Keller über Litiscontestation u. Urtheil S. 172.

zugleich doch als eine Neuerung darstellen, welche erst in später Zeit aufgekommen sey. Die Sache findet ihre vollständige Erklärung in dem engeren Condictionengebiet des älteren Rechtes. So lange nämlich aus strengen Geschäften nur Klagen auf dare oportere zugelassen wurden, konnte der Judex, falls certa Pecunia den Inhalt der Intentio und Condemnatio ausmachte, niemals über den Betrag der in der Condemnatio namhaftgemachten Summe hinausgehen, weil er sonst litem suam facit. Somit war er bei der Beurtheilung der Klage, der Intentio und des darin angegebenen Obligationsobjectes lediglich an den Zeitpunkt der Litiscontestatio gewiesen und konnte mithin spätere Vermehrungen dieses Prozeßobjectes in der Condemnatio nicht weiter berücksichtigen. Dieselben Grundsätze wurden auch bei der Intentio auf dare oportere anderer Sachen außer baar Geld analog angewendet. Die Sache wird in folgenden Zeugnissen dargestellt:

Papinianus lib. 6. quaestionum[89]).

> Vulgo receptum est, ut quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam omnis causa praestetur Cuius opinionis ratio redditur, quoniam quale est, cum petitur, tale dari debet. Ac propterea captos fructus partumque editum restitui oportet.

Paulus lib 17. ad Plautium[90]).

> Cum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto hoc nos jure uti, ut post iudicium acceptum omnis causa restituenda sit, id est omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset.

Eine Anwendung dieses Grundsatzes findet sich bei der Actio ex stipulatu auf Erlangung dessen, was früherhin nicht in meinem Eigenthum gewesen ist. Hier wird die Restitution der omnis

---

[89]) L. 2. D. 22, 1. (de usuris et fruct.)

[90]) L. 31. pr. D. 12, 1. (de rebus cred.)

Causa seit der Litiscontestation allerdings als geltendes Recht bezeichnet, allein erst als eine Neuerung, welche auf die Auctorität des Sabinus und Cassius hin angenommen worden sey.

PAULUS lib. 6. ad Plautium[91]).

Si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, velut ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit. Quodsi acceptum est iudicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum iudicium praestandos putant, ut causa restituatur, quod puto recte dici.

Den zweiten Theil der obigen Behauptung, daß die Vermehrungen des Obligationsobjectes vor der Litiscontestation auch den Betrag des Klagobjects bei strengen Klagen vermehren können, hat in der Jüngstzeit von Savigny zur befriedigenden Klarheit erhoben[92]). Die classischen Juristen unterscheiden in dieser Lehre sehr wesentlich zwischen den Klagen auf Repetitio d. h. auf die Wiedererlangung einer Sache, oder eines Werthes, welcher schon früher zu dem Vermögen des Klägers gehört hat, und bei der Begründung des Obligationsverhältnisses zu diesem Zwecke aus diesem Vermögen herausgegangen ist, oder aber sie gehen auf Einen, dem Vermögen des Klägers bisher durchaus fremden Gegenstand. Im ersten Falle müssen alle Früchte und Erweiterungen des Gegenstandes ohne Weiteres ersetzt werden, ohne Unterschied, ob strenge oder freie Klagen vorliegen[93]). Im zweiten fällt bei den strengen Klagen der Fruchtersatz fort, und selbst der Eintritt der Mora war nicht vermögend, Verpflichtung dazu zu erzeugen[94]). Wie man darauf gekommen ist, diese Unterscheidung im Einzelnen

---

[91]) L. 38. §. 7. D. 22, 1. (de usuris.)

[92]) A. a. O. Bd. 6. S. 111.

[93]) Die Hauptstellen für diese Unterscheidung bilden L. 15. pr. L. 26. §. 12. L. 65. §. 5. D. de cond. ind. (12, 6.) L. 38. pr. §. 1—7. D. 22, 1. (de usuris) L. 27. D. 33, 2. (de usu et usufr. et red.)

[94]) L. 38. §. 7. D. ibid.

durchzuführen, kann freilich erst weiter unten in der Lehre von der Datio genauer untersucht werden. Hier möge die Andeutung genügen, einmal, daß das Princip nicht auf dem Gebiete der Condictionen entstanden seyn kann, weil es auch bei freien Klagen zur Anwendung kommt. Sodann, daß bei allen Obligationen, die durch Datio d. h. durch Eigenthumsübertragung einer Sache entstehen, nach einer allgemeinen Grundanschauung der classischen Juristen der Inhalt dieser Datio — das hingegebene Vermögensobject — durch den Fruchtzuwachs der späteren Zeit von selbst vermehrt wird, weil dieser durch die Hauptsache — das Datum — angezogen wird. Weil nun dieser Vermögenserwerb an den Früchten des Datum dem Empfänger nicht möglich gewesen wäre, falls er nicht die Hauptsache erhalten hätte, so gilt dieser Vermögenserwerb des Empfängers als nur durch die vorangegangene Datio vermittelt, und kann, obschon die Verpflichtung aus der Dation nicht über das Datum hinausreicht, vermöge der Anziehungskraft, welche den Inhalt des Datum ausmacht, mit der Klage auf Rückgabe des Datum in Anspruch genommen werden, ohne Unterschied, ob sie auf dare oporterè lauten, oder auf quicquid dare facere oportet[95]). In andern Fällen, wo das Obligationsverhältniß

---

[95]) Diese Möglichkeit, mit der Incerti Actio ex Stipulatu die Früchte der versprochenen Sache zu fordern, aber auch weiter nichts, deuten die merkwürdigen Worte an: L. 4. D. de usuris (22, 1.). Si stipulatus sit rem dari vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba consecuturum te ratio suadet (Papinianus lib. 4. quaestionum). Dabei wird natürlich vorausgesetzt, daß ein Fall vorliegt, in dem überhaupt die Stipulationsklage auf Früchte gehen kann, also daß es sich um eine Repetitio handelt. So genommen, verschwindet der Widerspruch mit L. 3. §. 1. D. 19. 1. (de actionibus empt.). Si emptor vacuam possessionem tradi stipulatus sit et ex stipulatu agat, fructus non venient in eam actionem. (Hier liegt eine aus dem Kaufgeschäfte entstandene Stipulation vor, in der es sich nicht um Repetitio handelt, also auch keine Früchte gefordert werden können), quia et qui fundum dari stipularetur, vacuam quoque possessionem tradi oportere stipulari intelligitur nec tamen fructuum

nicht durch Dation entstanden ist, kann von einer Vermittelung des Vermögenserwerbs an der Frucht durch die vorangehende Datio der Hauptsache nicht die Rede seyn; daher denn die strengen Klagen keinen Fruchtersatz einschließen, einerlei, ob sie in die eine oder in die andere Formula gekleidet werden.

d) Es ist eine eigenthümliche Regel für die Abschätzung des Obligationsobjectes bei strengen Klagen, daß, wenn es zur Litiscontestation kommt, das Prozeßobject nach diesem Zeitpunkt abgeschätzt werden soll[96]), was die Folge hat, daß der Werth der Sache in einer späteren Zeit nicht weiter berücksichtigt wird; nicht aber so ausgelegt werden darf, als ob nicht auch schon nach einem früheren Zeitpunkte möglicher Weise die Abschätzung dieses Objectes erfolgen könnte, (denn daß das letztere im Condictionengebiete vorkommen kann, zeigt die Lehre von der Condictio furtiva); dann der allgemeine Grundsatz des classischen Rechtes, daß, wenn ein Zahlungstermin dem Geschäfte von Anfang an hinzugefügt worden ist, lediglich dieser für die Abschätzung der Sache entscheiden soll[97]), ein Grundsatz, welcher auch über das Gebiet der Condictionen hinaus Anwendung findet. Sehen wir von

---

praestatio ea stipulatione continetur. (Der Jurist argumentirt von der Stipulatio rem dari auf die Incerta, und sagt, daß, wenn im Kaufe die erste Stipulation interponirt wird, gleichwohl die Klage nicht auf die Früchte gerichtet werden könne. Natürlich, weil keine Repetitio vorliegt. Daß unter Umständen die Formula si paret dare oportere auch auf die Früchte gehen könne, wird damit keineswegs in Abrede gestellt.) (Pomponius lib. 9. ad Sabinum.) Einen directen Widerspruch beider Stellen hat Wächter a. a. O. Heft 2. S. 53 angenommen.

[96]) Diese Regel ist enthalten in L. 3. §. 2. D. 13, 6. (commodati) L. 22. pr. D. 12, 1. (de rebus cred.). L. 4. D. 13, 3. (de cond. trit.) Die angeblich widersprechende L. 3. D. 13, 3. hat von Savigny a. a. O. Bd. 6. S. 2, 13. ff. befriedigend erklärt. Die Emendation von Huschke, statt condemnationis hier zu lesen contestationis, hat wohl den Sprachgebrauch gegen sich, da contestatio für sich allein wohl nicht die litiscontestatio bezeichnen kann.

[97]) Dieser Grundsatz wird für das Condictionengebiet ausdrücklich anerkannt in L. 4. D. 13, 3. (de cond. trit.). L. 22. D. de rebus creditis (12, 1.).

diesen Ausnahmen ab, so erklärt sich die eben angeführte Regel von der Abschätzung des Obligationsobjects nach dem Zeitpunkt der Litiscontestatio durch folgende Betrachtung. In Condictionen, die eine certa pecunia zum Gegenstand der Intentio und Condemnatio haben, war die Größe des Geschuldeten und der Condemnationssumme schon in, mit und durch die Conception der Formula gegeben, weil diese die strenge Verbindlichkeit vollständig aufnimmt und der Judex von der darin ausdrücklich und bestimmt angegebenen Condemnationssumme nicht abweichen darf. Was hier in der Natur des Verhältnisses gegeben und begründet war, hat die Doctrin einfach auf die andern Fälle übertragen, wo eine certa Res außer certa Pecunia den Gegenstand der strengen Intentio ausmacht; mit andern Worten: der Judex sollte hier die Sache nach dem Zeitpunkte ästimiren, an dem die Condemnationssumme durch die Formula festgestellt worden wäre, wenn der Inhalt der Intentio auf certa Pecunia gelautet hätte. War dieser Grundsatz aber einmal für das ältere Condictionengebiet allgemein anerkannt, so mußte er consequenterweise in der spätern Zeit, wo dieses Gebiet durch das Aufkommen der Incerti Condictiones erweitert ward, auch für diese angenommen werden, weil sie nach den Grundsätzen des älteren Condictionenrechtes beurtheilt wurden, soweit dieselben überhaupt auf die Incertae Intentiones anwendbar waren. Wenn wir diese Deduction als richtig anzuerkennen haben, so ergiebt die angeführte Regel, daß die Verwandlung des klagbar gemachten Anspruchs, soweit er nicht schon an und für sich eine Geldschuld enthält, in eine einfache Geldschuld in dem Momente vor sich geht, in welchem die Klage aus der Obligation durch die Litiscontestation ipso jure oder auf dem Exceptionswege novirt wird, — also in dem Augenblicke, wo für die certa Pecunia bereits eine bestimmte Condemnationssumme gefunden wird, oder für andere mögliche Ansprüche gefunden worden wäre, wenn die Ermittelung derselben sofort im Augenblick der Litiscontestation vor sich gegangen wäre. Hiermit ist nun gradezu ausgesprochen, daß die ursprüngliche Obligation

sofort ihre Endschaft erreicht, sobald das daraus entspringende Klagrecht ipso jure oder auf dem Exceptionswege zu existiren aufhört.

In den freien Klagen stellt sich die Sache ganz anders heraus. Sie entbehrten in ihrer Grundlage die starre Abgeschlossenheit, welche den strengen Obligationen so eigenthümlich ist; hier war also der Richter in der Findung der Condemationssumme nicht an den Zeitpunkt, wo die Condemnationssumme recht eigentlich hätte festgestellt werden sollen, d. h. an den Zeitpunkt der Litiscontestation im Allgemeinen gebunden, sondern es entschied dann regelmäßig der Zeitpunkt, wo das Urtheil gefällt ward, für die Aestimation des Obligationsobjectes[98]), und wenn ein bestimmter Erfüllungstag der Obligation hinzugefügt war, so hing es dann von der Wahl des Judex ab, welchen Zeitpunkt er überhaupt für die Litisästimation ins Auge fassen wollte: ob diesen Erfüllungstag, oder den Tag, an welchem das Urtheil gefällt wird, sofern er nur denjenigen wählte, an welchem die geforderte Sache im höchsten Preise stand[99]).

e) Mit dem Gesagten hängt die weitere Regel zusammen, daß der Beklagte immer verurtheilt werden muß, wenn er zur Zeit der Litiscontestation in der Lage sich befunden hatte, daß er verurtheilt werden mußte[100]). Diese Regel ist zunächst auf dem Gebiete der strengen Klagen aufgekommen, und erst von da aus, wahrscheinlich durch das Medium der Proculianer auf die freien Klagen übertragen worden. Das ursprüngliche Gebiet der Regel begränzen sehr klar und deutlich folgende Stellen der classischen Juristen:

---

[98]) L. 3. §. 2. D. 13, 6. (commodati vel contra). L. 3. §. 3. D. 19, 1. (de actionibus empti vend.).

[99]) L. 3. §. 3. D. 19, 1.

[100]) Der geschichtliche Theil der folgenden Untersuchung ist zuerst von Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen S. 50—57 zu befriedigender Klarheit erhoben worden.

Pomponius lib. 22. ad Sabinum[101]).

Quemadmodum quod ex stipulatu vel ex testamento dari oportet, post iudicium acceptum cum detrimento rei periret, sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo ejus, apud quem depositum fuerit, est si iudicii accipiendi tempore potuit id reddere nec reddidit. (Offenbar schließt der Jurist mit den Worten quemadmodum — sic — vom Gebiete der strengen Klagen, als deren Vertreter hier die Actio ex Stipulatu und ex Testamento auf dare oportere genannt werden, auf die freien Klagen, indem er, was für jene bereits lange feststand, auf das Gebiet von diesen übertragen wollte.)

Paulus lib. 5. ad Plautium[102]).

Si homo ex stipulatu petitus post litem contestatam decesserit, absolutionem non faciendam et fructuum rationem habendam placuit.

Diese Regel äußerte zur Zeit der classischen Juristen ihre Wirksamkeit darin, daß die Begründung des klägerischen Anspruchs nicht nach dem Augenblick, wo das Urtheil gefällt wird, sondern vielmehr nach dem Zeitpunkte der Litiscontestation beurtheilt werden mußte; — sodann darin, daß Zahlungen, welche nach der Litiscontestation gemacht wurden, für den Beklagten keine Absolution zu Wege brachten[103]), wenn auch in die Justinianischen Rechtsbücher die Meinung der Sabinianer siegreich übergegangen ist, daß sie auch auf dem Gebiet der strengen Klagen berücksichtigt werden müssen, was man zur Zeit der classischen Juristen mit den Worten auszudrücken gewohnt war: omnia iudicia esse absolutoria[104]); — endlich auch

[101]) L. 11. §. 3. D. 16, 3 (depositi vel contra).

[102]) L. 8. D. 42, 1. (de re judicata). Die Worte ex stipulatu hält Luzianus observ. 21. 25. für ein Glossem und bezieht die Stelle auf in rem actiones. Allein, daß es gerade für Stipulationen ebenso Rechtens war, zeigt die vorige, von ihm übersehene Stelle.

[103]) Gajus inst. IV. §. 114.

[104]) §. 2. J. 4, 12. (de perpetuis et temp.). Im Justinianischen Pan-

darin, daß von dem Augenblicke der Litiscontestation abwärts die dem Beklagten abgeforderte Sache auf die Gefahr des Beklagten stand, also ihr zufälliger Untergang ihm nicht zur Absolution verhalf[105]). Das letztere nun bildet auch im Justinianischen Rechte für die strengen Klagen die Regel, allein für die freien Klagen ist die Sache hier durch den Einfluß der Ansicht der Sabinianer dahin abgeändert worden, daß der natürliche Untergang der Sache auch nach der Litiscontestation auf die Gefahr des Klägers steht, weil dieser Untergang ihn auch betroffen haben würde, wenn das Obligationsobject ihm zur Zeit der Litiscontestation ausgehändigt worden wäre[106]).

Man sieht, dieser ganzen Behandlungsweise der strengen Klagen im ältern Römischen Rechte liegt die Idee gemeinsam zu Grunde, daß die durch Litiscontestation anhängig gemachte Obligation juristisch so anzusehen sei, wie wenn das Judicat mit dem Zeitpunkte des Judicium acceptum zusammenfiele; wie wenn die Ermittelung der Condemnatiossumme gleich in dem Augenblicke vor sich ginge, wo das Obligationsobject durch die Litiscontestatio gewissermaßen festgebannt wird. Diese Behandlungsweise setzt auf das klarste voraus, daß die anhängig gemachte Verbindlichkeit sofort juristisch wirksam ist, und eine ideale Condemnation daraus fingirt wird in dem Augenblicke, wo die Litiscontestation vor sich geht, nach der dann weiterhin die Verhältnisse des Klägers und des Beklagten geregelt werden, wenn die wirkliche Condemnation factischer Umstände halber erst später vor sich gehen sollte. Dieß nun entspricht auch vollkommen dem einseitigen Character, welchen alle Forderungen aus strengen Ge-

---

bektenrechte haben sich indeß noch manche Spuren des älteren Rechtes erhalten in L. 84. D. 45, 1. (de V. O.). L. 11. D. 42, 1. (de re jud.).

[105]) L. 8. D. 42, 1. L. 12. §. 3. D. 16, 3., welche beide im Texte angeführt worden sind.

[106]) L. 14. §. 1. D. 16, 3. (depositi vel contra).

schäften haben, weil damit die juristische Möglichkeit gegeben ist, daß sie sofort wirksam seyn können. Anders als bei den freien Obligationen, in denen die Existenz der Obligation, selbst wenn sie durch Litiscontestation anhängig gemacht ist, immer noch ungewiß ist und erst durch richterliches Erkenntniß festgestellt werden kann, weil diese nach der möglichen Zweiseitigkeit dieser Judicia davon abhängt, daß nicht auch von der andern Seite aus der nämlichen obligatorischen Grundlage ein Gegenanspruch entstanden ist, welcher den klagbar gemachten Anspruch in seinen Wirkungen entweder gänzlich aufhebt, oder wenigstens auf ein Minus herabsetzt.

Wie sehr man sich im frühern Rechte daran gewöhnt hatte, die strengen Obligationen als ein in sich selbst abgeschlossenes, für sich allein bestehendes Ganze zu behandeln, und in dieser Beziehung genau von den strengen Obligationen unterschied, welche jene anfängliche Abgeschlossenheit entbehren, das ergiebt sich aus folgender Thatsache, die freilich im Laufe der Zeit sehr an ihrer ursprünglichen Bedeutung verloren hat, indem theils auf dem Wege der Doctrin, theils durch andere Rechtsorgane Mittel und Wege gefunden worden sind, um diesen Unterschied beider Obligationsgründe gegen einander auszugleichen.

Es läßt sich erweisen, daß die Gültigkeit der strengen Geschäfte lediglich nach der in der obligatorischen Thatsache ausgedrückten Willenserklärung betrachtet, also das Geschäft nur durch sich und für sich allein beurtheilt wird. Aeußere Umstände, die nicht wesentlich dazu gehören, kommen hier nach der Ansicht der classischen Juristen gar nicht in Betracht. Am klarsten wird dieß in der Lehre vom nomen facere und im Gebiete der Stipulation ausgesprochen. Für den erstgenannten Fall ist eine Erzählung bei Cic. de offic. III. 14.[107]) beweisend. Ein gewisser Canius

[107]) Zur Exegese der Stelle ist das Beste: Schilling, Bemerkungen über Römische Rechtsgeschichte S. 352 f.

war von Pythius zum Ankauf von Gärten um einen exorbitanten Preis veranlaßt worden durch List und Vorspiegelung gewisser Annehmlichkeiten, und über die Kaufsumme hatten die Parteien eine litterarum obligatio eingegangen. Als hinterher Canius den Betrug bemerkte, so konnte er gleichwohl die Folgen der Geschäfte — seine Zahlungspflicht — nicht abwenden. Das letzte nun drückt der Redner mit folgenden Worten aus: Stomachari Canius, sed quid faceret? Nondum enim Aquilius collega et familiaris meus protulerat de dolo malo formulas, welche unverkennbar auf die von Aquilius Gallus eingeführte doli actio gehen. Namentlich deuten die Worte sed quid faceret? an, daß Canius im damaligen Rechte keine Abhülfe fand, aber sie doch wohl gefunden haben würde, wenn damals bereits die doli actio eingeführt gewesen wäre. Ein solches Rechtsmittel wäre aber die doli exceptio des classischen Rechtes im vorliegenden Falle gewesen, wenn sie bereits damals gegen stricte Geschäfte zugelassen worden wäre; allein auch diese war damals gegen die litterarum obligatio unmöglich, weil ihr Ursprung später ist, als die doli actio, nach deren Muster sie erst ausgebildet worden ist.[108]) Hiermit ist nun der Beweis für die Behauptung geliefert, daß der sogenannte dolus causam dans bei strengen Geschäften in der ältern Zeit gar nicht berücksichtigt ward, also auch nicht zur Abwendung der Condemnation benutzt werden konnte, wie es gerade zur Zeit der classischen Juristen der Fall war.[109]) — Für die Stipulation gilt das Nämliche. Am klarsten erhellt dieß aus der Behandlung der Darlehnsstipulation bei mangelnder Numeration.

---

[108]) Am klarsten ist hier l. 2. pr. D. 44, 4 (de doli mali except.). Palam est, hanc exceptionem ex eadem causa propositam, ex qua causa proposita est de dolo actio (Ulpianus lib. 76 ad Edictum).

[109]) L. 1. §. 1. D. ibid. Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis (d. h. recht eigentlich bei stricten Geschäften) contra naturalem aequitatem prosit (Paulus lib. 71 ad Edictum).

Diese erzeugt eine Condictio, die auch im frühern Rechte immer zu einer wirklichen Condemnation führte, ehe es dem Beklagten gestattet ward, durch Vorschützung der doli exceptio den Kläger zum Beweise der causa stipulationis zu nöthigen und auf diesem Wege die drohende Condemnation von sich abzuwenden. Dieß ist ein Grundsatz des prätorischen Rechts, welcher vor der Einführung der doli exceptio noch nicht feststand [110]), also früherhin auf dem Condictionengebiete keine Wirkung äußern konnte. Man sieht, der Dolus, der im vorliegendem Falle in dem Mangel der unter den Partien beabsichtigten Numeration klar zu Tage liegt, ward in der frühern Zeit als außerhalb der Stipulation befindlich betrachtet und deßhalb bei der Anstellung der Stipulationsklage nicht berücksichtigt. — In ähnlicher Weise ward die Sache auch bei verschriebenen Numerationen und Stipulationen behandelt, welche in Chirographa und Syngrapha bescheinigt waren. Hieraus entstand zur Zeit der classischen Juristen zwar keine litterarum obligatio des Civilrechts, allein, weil solche Urkunden vollen Beweis der darin verschriebenen Thatsachen ergeben, konnten sie zur Zeit, wo die doli exceptio und non numeratae pecuniae für den Fall der nicht erfolgten Zahlung noch nicht eingeführt waren, zum Beweise der obligatorischen Grundlage benutzt werden, welche eine strenge Obligation erzeugt. Damals ward also der Dolus des Klägers, welcher in dem Nichterfolg der beabsichtigten Numeration zu Tage lag, gleichfalls so behandelt, wie

[110]) Gaius inst. IV. §. 116. Si stipulatus a te sim pecuniam, tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim. Nam eam pecuniam a te peti posse certum est, cum ex stipulatu tenearis. Sed quia iniquum est te condemnari, placet per exceptionem doli mali defendi debere. Daß die Ausdehnung der doli exceptio auf diesen Fall erst ziemlich spät erfolgt ist, deuten auch die Schlußworte an in l. 2. §. 2. D. 44, 4 : Proinde etsi crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit, etsi certa fuit causa stipulationis, quae tamen non est secuta, aut finita est, dicendum est nocere exceptionem (Ulpianus lib. 26 ad Edictum).

wenn er außer dem Bereich der strengen Obligation liege, und konnte mithin nicht zur Abwendung der Condemnation von Seiten des Beklagten benutzt werden.

Ganz anders wird die Sache in den freien Geschäften behandelt: Hier wird Dolus und Zwang, welche den Abschluß des Geschäfts motivirt haben, nicht als außerhalb des Geschäfts liegend betrachtet, sondern sie liegen vielmehr, weil die Motive mit zum Geschäfte gerechnet werden, recht eigentlich in der Mitte desselben und können daher bei der Klage aus dem Geschäfte überall und zu jeder Zeit berücksichtigt und zur Sprache gebracht werden. Dieß zeigt sich theils darin, daß die Contractsklagen geradewegs auf Ersatz des durch des Gegners Dolus verursachten Schadens angestellt, unter Umständen sogar auch auf Wiederauflösung des ganzen Geschäftes gerichtet werden können [111]), theils darin, daß es dem Beklagten von Alters her erlaubt war, den Dolus des Klägers bis zur Fällung des Endurtheils auch ohne besondere doli exceptio zur Sprache zu bringen, worauf sich die Regel des classischen Pandectenrechts exceptio doli inest bonae fidei iudiciis zu beziehen scheint. [112])

Von dieser anfänglichen Abgeschlossenheit der strengen Obligationen, welche in dem anfänglichen certum petere derselben gegründet ist, hat man im Laufe der Zeiten Manches fallen lassen, was sie geschmeidiger und biegsamer und dem Bedürfniß der Zeit entsprechender machte. Einmal nämlich hat man für die Zukunft von der anfänglichen Bestimmtheit des Obligationsobjects in allen den Fällen abgesehen, wo man sich dazu entschloß, incerti condictiones mit der Formula quicquid dare facere oportet aus den bereits allgemein anerkannten Condictionsgründen zuzulassen, in welche Categorie auch die actiones incerti ex testa-

---

111) Vergl. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, S. 317.

112) Vergl. Burchardi a. a. O. S. 289 f.

mento und ex stipulatu gehören, welche sich nur durch die der Intentio vorausgeschickte Demonstratio, die das Testament und die Stipulation als Obligationsgrund namhaft macht, von den übrigen condictiones incerti unterscheiden. Durch diese Einrichtung kam die eine Classe von den Condictionen den bonae fidei iudicia sehr nahe, weil beide eine incerti intentio in ius concepta enthalten und nach der Lehre der Pandektenjuristen gleichmäßig das klägerische Interesse zum eigentlichen Klagobject haben, was indeß erst durch den Beweis des Klägers ermittelt, dann aber nach der Verschiedenheit der Klagen nach verschiedenen Zeitpunkten abgeschätzt wird. Allein damit war die eigentliche positive Grundlage der strengen Geschäfte noch keineswegs verändert; diese bleiben vielmehr nach wie vor einseitig und haben niemals etwas von der möglichen Zweiseitigkeit der freien Geschäfte in sich aufgenommen. — Auch hatte man durch die allgemeine Zulassung der pacta in continenti adjecta bei Stipulationen, obligatorischen Numerationen u. s. w., soweit dieselben nicht dem wahren, eigenthümlichen Inhalte der strengen Obligation widersprachen, die ursprüngliche Einfachheit und Starrheit der strengen Geschäfte schon zur Zeit der classischen Juristen gewissermaßen verlassen, und dadurch für den täglichen Verkehr namentlich im Stipulationsgebiete bequemere und biegsamere Formen geschaffen. — Als man sich weiterhin dazu entschloß, theils die praestatio der omnis causa seit der Litiscontestation vom Gebiete anderer Klagen auf das der Condictionen mit hinüber zu nehmen, und auch die Regel omnia iudicia esse absolutoria insofern bei den strengen Klagen gelten zu lassen, als Zahlungen, die nach der Litiscontestation an den Kläger erfolgen, regelmäßig zum Ausschluß der Condemnation führen sollen, so war damit das ältere Princip in der prozessualischen Behandlungsweise der strengen Klagen, nach welchem dieselben nach der Litiscontestation so fungirten, als wenn die Ermittelung der Condemnationssumme bereits an den genannten Zeitpunkten erfolgt wäre, bereits in seinen Grundfesten erschüttert. Endlich führte die Zulässigkeit der Compensation in der Form

der exceptio doli bei strengen Klagen seit der Zeit des Marcus Aurelius dahin, daß in solchen Klagen allerhand fällige Ansprüche aus verschiedenen Geschäften berücksichtigt werden konnten; allein hier war die Wirkung der ausdrücklich vorgeschützten Einrede von der in der tacita compensatio ex eadem causa bei den freien Klagen wesentlich verschieden. Am wenigsten wird man glauben dürfen, daß dieser Thatumstand die ursprüngliche Einseitigkeit der strengen Geschäfte verändert habe, da er die obligatorische Grundlage derselben gar nicht berührt, sondern lediglich die prozessualische Behandlung derselben angeht.

Ob auch nach Justinianischem Rechte die Einseitigkeit der strengen Geschäfte im Gegensatze der freien Obligationsverhältnisse als noch fortdauernd angesehen werden müsse, das ist eine Frage, deren Beantwortung sich aus den bisherigen Erörterungen von selbst ergiebt. Zwar wurden von Diocletian abwärts die Formulä aufgehoben, seitdem der Grundsatz auffam, daß der Magistrat in eigner Person den Prozeß zu leiten und zu entscheiden hat; allein damit waren nicht die materiellen Grundlagen verändert, welche die prozessualische Behandlung beider Klagarten motivirten: vielmehr kamen dieselben nach wie vor zweifelsohne in Anwendung, wie dieß auch vom Standpunkt des Justinianischen Pandektenrechts aus sehr entschieden anerkannt wird. Ferner berührte jene Veränderung keineswegs die materielle Grundlage der einseitigen und zweiseitigen Geschäfte, die im Wesen derselben lag, und in der Formelconception des classischen Rechtes nur in Etwas hervortrat, keineswegs aber durch sie veranlaßt worden ist. Nehmen wir noch dazu, daß Theophilus (vergl. S. 72) die Einseitigkeit des Darlehns, der Stipulation und der litterarum obligatio, was lauter strenge Geschäfte sind, auch im Justinianischen Rechte ausdrücklich anerkennt im Gegensatze der freien Geschäfte, welche in ihrem Wesen die Möglichkeit der Zweiseitigkeit enthalten; daß ferner der alte Pandektenscholiast (S. 76, N. 16) die Einseitigkeit der strengen Geschäfte in gleicher Richtung hervorhebt, so möchte wenig gegen die Behauptung einzuwenden seyn,

daß der materielle Unterschied beider Obligationsclassen noch im Justinianischen Rechte nach wie vor besteht und seine Wirkung äussert, soweit er sie überhaupt äußern kann. Daß Justinian die Zahl der freien Klagen vermehrt hat, und einer strengen Klage in Einem Falle die Natur der bonae fidei actio ertheilt hat, gehört nicht hierher, und bedarf einer speciellen Erörterung.

Der hier im Einzelnen durchgeführte Gedanke von der Einseitigkeit der strengen Obligationen ist keineswegs neu. Er findet sich sehr klar bereits ausgesprochen bei Vinnius [113]) und Bont [114]): in neuerer Zeit ist er hauptsächlich vertheidigt worden von Gans [115]), Stever [116]), Marezoll [117]), Wächter. [118]) Dabei ist indeß nicht zu vergessen, daß Einige, wie z. B. Gans, diese Einseitigkeit nicht sowohl aus der obligatorischen Grundlage der strengen Geschäfte, sondern vielmehr lediglich aus der prozessualischen Behandlung der Sache erklären; ja dieser Autor geht so weit zu behaupten, es sey eine wesentliche Eigenthümlichkeit der strengen Klagen, daß sie sämmtlich auf das dare eines Certum gerichtet seyen. Hiermit ist also die zweite Condictionenclasse mit der incerta formula auf quicquid dare facere oportet vom Begriff der strengen Klasse ausgeschlossen worden, ein Irrthum, welchen Zimmern und v. Savigny in ihrer Darstellung der Sache verbessert haben. Ueberhaupt beweist die rein äußerliche Auffassung der Sache bei Gans überall hinreichend, daß er mit der Idee von der Einseitigkeit solcher Klagen

---

[113]) ad §. 28. J. de actionibus.

[114]) ad tit. Dig. de rebus creditis §. 3.

[115]) Ueber Römisches Obligationenrecht, insbesondere über die Lehre von den Innominatcontracten S. 15 f.

[116]) de summario Romanorum iudicio seu de stricti iuris et bonae fidei actionibus comm. Lipsiae 1822. 8. p. 17 sq.

[117]) Ueber dare facere und praestare als Gegenstand der Obligationen in seiner und Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 9, S. 303.

[118]) a. a. O. S. 77–84.

nichts rechtes anzufangen gewußt hat. Viel schärfer ist sie bei Marezoll und Wächter behandelt worden und wir zweifeln überhaupt nicht, daß namentlich der erstgenannte Gelehrte das wahre Wesen der strengen Klagen, wie es eben entwickelt worden ist, erkannt haben würde, wäre seine Untersuchung in der Hauptsache auf die weitere Entwicklung des Begriffes gerichtet worden, und hätte er sonst die oben beigebrachten Quellenzeugnisse zur Hand gehabt, welche das Wesen der strengen Geschäfte genauer begränzen. Gegen diese Darstellung der Sache gilt auch nicht der Einwand v. Savigny's [119]), daß die Gegenseitigkeit der freien Geschäfte als Folge ihrer freieren Behandlung im Prozesse nicht Grund und Gränze der bonae fidei actiones den strengen Klagen gegenüber seyn könne, da dieser Einwand wohl der rein äußerlichen Fassung der Sache von der prozessualischen Seite her, wie es von Gans geschehen ist, widerspricht, aber von selbst zusammenfällt, wenn wir die Einseitigkeit der strengen Geschäfte im Wesen derselben in deren obligatorischer Grundlage begründet finden, und die prozessualische Behandlung derselben den freien Klagen gegenüber lediglich für einen Ausfluß jenes Begriffs erklären. Indeß hat der gedachte Gelehrte darin Recht, wenn er behauptet, daß es nur zu Mißverständnissen führen kann, wenn man die strengen Geschäfte kurzweg, ohne nähere Bezeichnung, für einseitige, die freien hingegen für zweiseitig erklärt.

Indessen sind nicht alle neueren Rechtslehrer mit den Resultaten dieser Untersuchung durchgehends einverstanden. Einige [120]) haben den Versuch gemacht, die freien Klagen sämmtlich auf die natürliche Billigkeit und das jus gentium zurückzuführen. Ein Gedanke, den man vielleicht in folgender Weise ausdrücken möchte: Strenge Klagen seyen solche, welche durch specielle Vorschriften

---

[119]) System des heutigen Römischen Rechts V. S. 508.

[120]) So von Glück, Erläuterung der Pandekten Th. 13, S. 8. (Dieser Gedanke ist aus Boehmer doctrina actionum I. 3. §. 30—32. pag. 48—50 entlehnt.)

des jus civile und besonderer leges eingeführt worden seyen. Allein nicht zu gedenken, daß die condictio indebiti, welche nach sehr bestimmten Zeugnissen strenger Natur ist, gerade von den classischen Juristen [121]) auf das bonum et aequum zurückgeführt wird, so haben wir auch im Darlehn ein strenges Geschäft, das recht eigentlich dem Peregrinenrechte angehört [122]); ferner wird auch die gleichfalls strenge condictio ex iniusta causa geradezu aus dem Peregrinenrechte abgeleitet. [123]) Der Stipulationen nicht zu gedenken, von welchen nur die Sponsion dem jus civile eigenthümlich angehört, die andern hingegen sämmtlich dem jus gentium entstammen, und daß diese immer eine strenge Klage erzeugen, hat wohl noch Niemand bezweifelt. Schon von Savigny [124]) hat erwiesen, daß die hier verworfene Ansicht gegen ausdrückliche Quellenzeugnisse verstößt. — Noch Andere [125]) sind der Meinung, daß strenge Klagen nur die sind, welche eine Sache zum Gegenstande haben, die früherhin dem Kläger eigenthümlich zugehört hat; alle andern Klagen sollen freier Natur seyn. Wenn damit gemeint ist, daß strenge Klagen nur aus obligatorischen Verhältnissen stammen, welche durch datio im technischen Sinne begründet werden, so gelten dagegen alle Gründe, welche weiter unten gegen die v. Savigny'sche Hypothese geltend gemacht werden sollen. Ist aber die Ansicht wörtlich zu nehmen, so würden aus der Zahl der strengen Klagen ja alle Condictiones auf ein Incertum ausfallen müssen, ferner die actio ex stipulatu und ex testamento mit der intentio auf quicquid dare facere oportet,

---

[121]) l. 65. §. 4.; l. 66. D. 12, 6 (de cond. indeb.).

[122]) Gajus inst. III. §. 131 sq.

[123]) l. 25. D. 25, 2 (rerum. amot.). Nam iure gentium condici posse puto res ab his, qui non ex justa causa possident (Marcianus lib. 3. Regularum).

[124]) a. a. O. Bd. V. S. 510.

[125]) Cocceji jus controversum lib. 44. tit. 7. quaest. 15. (?)

die doch gleichwohl nach ausdrücklichen Quellenzeugnissen in die Reihe der strengen Klagen gehören. Ferner würde sogar die condictio furtiva ausgeschlossen werden müssen, welche auf Rückgabe der noch im Eigenthum des Klägers befindlichen Sache angestellt wird, und gleichwohl auf si paret dare oportere lautet. Höchst seltsam ist die Aeußerung von Thibaut[126]), daß die Eintheilung der freien und strengen Klagen auf folgendem Thatumstand beruhe: bei allen Klagen könne in der Regel das gefordert werden, was die Billigkeit und Natur der Sache mit sich bringt; nur die Klagen, welche aus einem mit feierlichen Worten errichteten Geschäfte entspringen, könnten auf nichts weiter gerichtet werden, als was nach dem Wortverstande in der Formel liegt. Von dieser Behauptung ist kein einziges Wort wahr und mit dem Inhalt der Römischen Rechtsquellen im Einklang. Zunächst ist die Beschränkung der strengen Klagen auf Geschäfte, die mit feierlichen Worten errichtet werden, grundfalsch. Ist etwa das mutuum weniger als die stipulatio ein strenges Geschäft, weil es ohne feierliche Worte lediglich durch obligatorische Numeration zu Stande kommt? Was soll man vollends von den vielen Einzelgründen des Prätorischen Condictionensystems sagen, wie indebiti, causa data causa non secuta, ob turpem vel iniustam causam, sine causa, die sämmtlich die strenge Natur haben und gleichwohl niemals aus feierlichen Worten entstehen? Sodann wird der Unterschied der Klagen nach dem Vorgang der Glossatoren lediglich in die verschiedene Behandlung des Leistungsobjects gesetzt, was vom Standpunkt der classischen Juristen aus durchaus verwerflich ist, weil sie den Unterschied nicht in der prozessualischen Behandlung der Sache suchen, sondern vielmehr aus der Einseitigkeit des Obligationsverhältnisses, was der Klage zu Grunde liegt, herzuleiten geneigt sind. Endlich liegt der Darstellung die durchaus verwerfliche Ansicht zu Grunde, daß sich

---

[126]) System des Pandektenrechts §. 71. I. S. 59 (8. Ausg.)

die genannte Klageneintheilung über das ganze Actionengebiet erstrecke, während sich doch leicht aus der Betrachtung der Einzelfälle herausstellt, einmal, daß sie nur auf in Jus concipirte Formulae geht, also die in factum Actiones durchweg ausschließt, und von den in Jus concipirten Formulae wiederum nur solche betrifft, welche aus Obligationsverhältnissen stammen, mit Ausschluß aller in Rem Actiones und wahrscheinlich auch aller einseitigen Delictsklagen, welche pönale Eigenschaften haben. Die jüngste Hypothese auf diesem Gebiete ist die von Savigny's [127]), welcher, um das Wesen der Condictionen zu erkennen, von der Zergliederung des Darlehns ausgeht und in Folge dessen zu der Behauptung gelangt, daß der höhere Grad von Vertrauen bei der Uebertragung des Eigenthums einer Sache aus dem Vermögen des Andern, welcher die Verzichtleistung auf die Eigenthumsklage zu Gunsten des Empfängers enthält, oder, was sonst diesem factisch gleichsteht, der eigentliche Grund aller regelmäßigen Condictionen sey. Nach ihm erscheint also die Condictio in ihrer Grundlage lediglich als ein Ersatz, welcher an die Stelle der verlorenen Vindication eintritt, selbst in den Fällen, wo der Verlust der Vindication nicht durch den Verzicht des Eigenthümers, sondern durch die einseitige Handlung des Empfängers herbeigeführt wird.

Diese Ansicht ist durchaus neu und von dem trefflichen Gelehrten so gut deducirt worden, daß man ohne nähere Prüfung sich leicht zu deren Annahme entschließen möchte. Eine solche Prüfung ist nun zwar bereits von Wächter [128]) versucht worden, allein, wie Ref. glaubt, sind dabei die wichtigsten Bedenken entweder ganz übersehen oder zu kurz abgethan worden, als daß wir uns damit begnügen könnten. Als eigentliche Grundlage des Creditum — des Hauptfalls der strengen Geschäfte — sowie es zur Zeit der classischen Juristen ausgebildet, kann die hier ange-

---

[127]) System Bd. V. S. 511—516.

[128]) a. a. O. Heft 2. S. 78—80.

gebene Idee schon deßhalb nicht gelten, weil sie sich nicht lediglich auf fungible Sachen beschränkt, sondern auch bei der Datio nicht-fungibler Sachen Anwendung leidet, woraus denn, die Richtigkeit der Hypothese vorausgesetzt, weiterhin folgen würde, daß auch durch Datio nicht fungibler Sachen ein Creditum erzeugt werden könne. Das ist aber nach einem sehr bestimmten Zeugniß eines classischen Juristen, des Paulus, platterdings unmöglich. Dieser Jurist[120]) giebt nun aber zur Rechtfertigung seiner Ansicht einen juristischen Grund an, welcher nicht das von Savigny der ganzen Condictionenlehre zu Grunde gelegte Princip enthält, sondern vielmehr den allgemeinen Grundlagen der Solution entlehnt ist, also eines Institutes, bei dem schon der Natur der Sache nach nicht die Rede seyn kann von einem höheren Vertrauen in den Empfänger, welches sich in dem freiwilligen Verzichte auf die Eigenthumsklage zu Gunsten des letztern ausspricht, weil ein solches Vertrauen voraussetzt, daß der Dans die Dation Animo obligandi, nicht aber Animo distrahendi vornehme. Reicht aber die Hypothese schon zur Erklärung des Creditum, was durch Datio entsteht, nicht aus, so kann sie auch nicht als Grundlage des Mutuum im classischen Pandektenrechte gelten, weil dieses immer als Creditum behandelt wird, was durch Datio fungibler Sachen entsteht. Sodann ist es auffallend, daß die Idee auch nicht zur Erklärung eines andern allgemeinen Condictionsgrundes paßt, welchen auch von Savigny als einen regelmäßigen anerkannt hat. Dieß ist der Fall bei der Stipulation, die immer eine Condiction erzeugt, mag sie auf ein Certum oder auf ein Incertum gehen; mag sie mit einer obligatorischen Numeration in näheren Zusammenhang treten, welchen Fall wir hier und im Folgenden der Kürze halber mit dem Namen der

[120]) Quia aliud pro alio invito reditori solvi non potest. L. 2. §. 1. C. de rebus creditis. Der Zusammenhang dieses Satzes mit dem Gebiete der obligatorischen Numeration kann freilich erst anderwärts gemacht werden.

Darlehnsstipulation bezeichnen wollen, oder ohne eine solche Beziehung selbstständig als besonderer Obligationsgrund für strenge Klagen auftreten. In den Fällen der letzteren Art ist nirgends in den classischen Rechtsquellen von dem Uebergange eines Vermögensstückes in das Vermögen des Andern und vom Verlust einer Eigenthumsklage als Vorbedingungen der Condictio die Rede; kann auch überall nicht die Rede seyn, weil schon die einfache Ansicht der altcivilen Sponsio nach der Etymologie des Wortes[130]) lehrt, daß hier lediglich die Willenserklärung des Versprechenden, welche in der Form einer zur vorangehenden Frage des Stipulirenden passende Antwort gekleidet wird, den Grund zur Entstehung der Obligation und mithin auch den für die Condictio, — die Causa Obligationis und Actionis, enthält. Man hat zwar auch hier zur Herstellung der systematischen Ein-

---

[130]) Auch noch in der spätern Sprache heißt sponte, sponte sua freiwillig. Bei Columella heißt aqua suae spontis ein solches Wasser, das von selbst hervorkommt u. s. w. Directe Zeugnisse für die obige Behauptung ergeben Varro de L. L. ed. Mueller VI. §. 69. Spondere est dicere spondeo a sponte: nam id valet a voluntate. Weiter unten: spondet enim, qui dicit a sua sponte: spondeo. VI. §. 71. Qui spoponderat filiam, despondisse dicebatur, quod de sponte ejus id est de voluntate exierat. — Sic despondisse animum quoque dicitur, ut despondisse filiam, quod suae spontis statuerant finem. VI. §. 72. A quo sponte dicere respondere quoque dixerunt, quum ad spontem responderent id est ad voluntatem rogationis. Festus de V. S. ed. Mueller p. 329. Spondere Verrius putat dictum, quod sponte sua id est voluntate promittatur. Deinde oblitus inferiore capite sponsum et sponsam ex Græco dictum ait, quod ii σπονδαῖς, interpositis rebus divinis faciant. (Die letzte Etymologie ist von da auch in die Bücher der Juristen übertragen worden, z. B. Gajus inst. III. 93., der indeß der Sache nicht recht zu trauen scheint). In der früheren Zeit ist spondere die allgemeine Bezeichnung für reden, sprechen, weil die Rede der Willensausdruck im eminenten Sinne ist. Dafür spricht Festus l. c. p. 343. Spondere antea ponebatur pro dicere, unde et respondere adhuc (manet). Das Eingeklammerte ist Conjectur der Interpreten.

heit an eine fingirte Datio denken wollen, und deshalb angenommen, daß die Stipulatio als selbstständiger Contract erst aus der Nuncupatio bei dem Nexum seit der Lex Petillia herausgetreten sey. Allein diese Vermuthung ist ohne alle geschichtliche Beglaubigung, und hat auch sonst viel gegen sich, wovon späterhin die Rede seyn wird. Einen weiteren Einwurf hat schon der treffliche Gelehrte selbst vorausgesehen, wenn er seine Hypothese nur zur Erklärung der regelmäßigen Condictionen verwendet wissen will unter Ausscheidung der normalen d. h. solcher, welche auf besondern, erst durch Doctrin und Lex eingeführten Gründen beruhen, z. B. die Condictio furtiva und ex Lege. Allein auch die Condictionsgründe der letztern Art haben, wenn wir den oben bezeichneten Standpunkt der Sache — von der Einseitigkeit des strengen Obligationsverhältnisses ausgehen, gar nichts Anomales an sich, sondern beruhen dann auf dem nämlichen Principe, wie alle übrigen Condictionen, und enthalten dann nur eine Erweiterung der Condictionsgründe, die sich recht wohl aus jenem Grundprincipe der strengen Klagen erklären läßt; allein völlig unerklärbar bleibt, sobald wir die hier verworfene Hypothese als eigentliche Grundlage für alle übrigen Condictionsgründe betrachten, welche bereits vor der Einführung jener sogenannten normalen Condictionsgründe bestanden.[131])

---

[131]) Dieß bemerkt auch schon Wächter a. a. O.

(Schluß folgt im nächsten Heft).

IV.

Ueber die Anfechtung eines auf den Schiedseid gestützten Erkenntnisses.

Vom
Obergerichts-Anwalte Heß
in Marburg.

Die Unumstößlichlichkeit eines auf den zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eid gebauten Erkenntnisses läßt sich wohl nach dem Rechte der Pandecten nicht bezweifeln, indem die überwiegende Mehrzahl der römischen Juristen dieser Ansicht zugethan war und namentlich den Beweis des begangenen Meineids als unstatthaft ausschloß[1]), Justinian erließ aber im Jahre 531 folgendes Gesetz [2]) :

Cum quis legatum vel fideicommissum, utpote sibi relictum, exigeret, et testamento forte non apparente, pro eo sacramentum ei ab herede delatum esset, et is religionem suam praestasset, affirmans sibi legatum vel fideicommissum dere-

---

[1]) fr. 21 u. 22 D. 4. 3. fr. 28. §. 10. 31. D. 12. 2. fr. 5. §. 2. D. eod. fr. 15. D. 44. 1. fr. 56. D. 42. 1.

[2]) const. 13. C. 4. 1.

lictum esse, et ex hujusmodi testamento id, quod petebat consecutus esset, postea autem manifestum esset factum, nihil ei penitus fuisse derelictum, apud antiquos quaerebatur, utrum jurejurando standum esset, an restituere deberet, quod accepisset, vel si revera ei derelictum fuisset legatum vel fideicommissum, an daremus licentiam heredi Falcidiam, si competat, ex hoc retinere? Nobis itaque melius visum est, repeti ab eo legatum vel fideicommissum, nullumque ex hujusmodi perjurio lucrum ei accedere, sed si verum fuerit inventum, quartae detentionem introduci, si tamen locum habeat, ne cui ex delicto impium sibi lucrum afferre nostris legibus concedatur.

Ueber den Umfang und die Bedeutung dieses Gesetzes herrschen verschiedene Ansichten. Einige Rechtgelehrte gestatten hiernach unbedingt die Anfechtung des ausgeschworenen Schiedseids durch entgegengesetzte später entdeckte Beweismittel[3]); andere sind der Meinung, daß sie nur im Falle eines Meineids zulässig sey[4]), und andere beschränken die Anwendung des Gesetzes auf den darin angegebenen Fall, d. h. die Anfechtung des dem Legatar über das von ihm in Anspruch genommene Vermächtniß von Erben angetragenen außergerichtlichen Eids durch den letzten Willen des Erblassers[5]). Die letztere Meinung halte ich für die richtige. Die Constitution Justinians ist kein Rescript oder Decret, worin wir den Rechtssatz aufsuchen müssen, unter dem die Entscheidung steht, sondern im Gesetz, und der Gesetzgeber hat die rechtliche Bestimmung über die Ungültigkeit eines Vergleichs über ein Vermächtniß oder Erbschaft, falls der letzte Wille noch nicht zur Kenntniß der dadurch beeinträchtigten Partei gekommen war[6]),

---

[3]) Grolman's Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 95. MALBLANC doctrina de jurejurando §. LXIV und LXV.

[4]) Martin's Civilproceß §. 175. a. Gensler's Commentar ibidem. Linde, Lehrbuch des Civilprozesses §. 248.

[5]) Schweppe's römisches Recht ed. Meier §. 531.

[6]) fr. 6. D. 2. 15.

auf den hierüber dem Legatar angetragenen Eid zur Anwendung gebracht. Daß in dem Gesetze nur von dem außergerichtlichen Eide die Rede ist, geht aus den Worten ei ab herede delatum esset, hervor, denn der gerichtliche Schiedseid konnte nur von dem Legatar, dem der Beweis auflag, zugeschoben werden. Wäre es Justinians Absicht gewesen, überhaupt gegen den geschworenen Schiedseid entgegengesetzte Beweismittel zuzulassen, so würde er doch wohl die im Eingange des Gesetzes angegebene Streitfrage allgemeiner ausgedrückt und sich nicht auf die Entscheidung des erwähnten Falls beschränkt haben. Jene existirte aber auch, soviel uns bekannt ist, nicht in dieser Allgemeinheit unter den römischen Juristen; Labeo allein giebt gegen den Meineid die actio de dolo, welche Ansicht aber kein Anderer theilt[7]. Die bloß beiläufige Aeußerung: ex hujusmodi perjurio berechtigt uns aber nicht, das Gesetz im Falle eines Meineids zur Anwendung zu bringen, ohne Rücksicht auf den darin ausgedrückten Fall, noch aber auch um diesen hierauf zu beschränken, weil der Grund jenes nicht der Meineid nach meiner Ansicht ist, sondern die Evidenz des Beweismittels und der klar vorliegende Irrthum des verletzten Erben. Letzterer kann nämlich — das ihm mündlich vom Erblasser auferlegte Vermächtniß ausgenommen, worauf unser Gesetz nicht anwendbar ist (!) — nur durch einen mündlich vor einer bestimmten Anzahl Zeugen oder in einer Urkunde mit Beobachtung gewisser Förmlichkeiten von dem Erblasser erklärten Willen zur Leistung eines Vermächtnisses verpflichtet werden. War nun in dem letzten Willen des Erblassers das in Anspruch genommene und beschworene Vermächtniß nicht angeordet, so war es außer Zweifel gesetzt, daß es dem angeblichen Legatar nicht gebühre, und Justinian hielt es für zu hart, daß der Eid den Vorzug vor dieser objectiven Gewißheit haben sollte. Abgesehen hiervon, unterliegt aber auch die Ausdehnung des Gesetzes auf

---

[7]) s. Note 1.

einen in demselben nicht angegebenen Fall wegen Gleichheit des Grundes bei der Unzweifelhaftigkeit desselben noch manchen Bedenken[*]); wie vielmehr müssen wir sie im entgegengesetzten Falle unterlassen. Außerdem treten wir aber auch mit der in demselben Titel enthaltenen Coderstelle, const. 1, wodurch die Unumstößlichkeit des Schiedseids selbst im Falle eines Meineids ausgeschlossen ist, in Widerspruch, der Tribonian in Beziehung auf unsere Verordnung den Zusatz gegeben hat: nisi hoc specialiter lege excipiatur.

Durch das deutsche Recht sind jedoch folgende Abänderungen eingetreten:

1) Der Artikel 107 der Carolina bestimmt, daß derjenige, der vor Gericht einen Meineid schwört, bestraft werden solle, und verpflichtet ihn auch, falls über zeitliches Gut geschworen worden ist und dieses in das Vermögen des Meineidigen gekommen ist, dem Verletzten den hierdurch zugefügten Schaden zu ersetzen. Diese strafrechtliche Bestimmung gewährt jedoch der durch den Meineid verletzten Partei kein Mittel, das in Gemäßheit des geschworenen Eids gefällte Erkenntniß im Civilverfahren anzufechten; sondern die Absicht des Gesetzgebers geht dahin, daß der Strafrichter in seinem Urtheile außer der Strafe den Meineidigen zum Ersatze des dadurch dem Gegner verursachten Schadens verurtheilen solle. Ist daher die gesetzliche Verjährungsfrist zur Bestrafung der Verbrechen abgelaufen, oder ist der Angeklagte durch das Urtheil des Strafrichters von dem Meineide freigesprochen, so unterliegt das auf den Schiedseid gebaute Urtheil keiner Anfechtung aus dem Grunde des Meineids, wenn auch die verletzte Partei den vollständigen Beweis jenes zu liefern im Stande seyn sollte; denn tritt die Hauptfolge dieser Handlung — die Strafe — nicht ein, so muß auch die Nebenfolge — die Entschädigung — wegfallen, und kann die Vorfrage nicht mehr zur Sprache

[*]) Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. 1. §. 50.

kommen, oder ist sie verneinend entschieden; so darf von der hieraus hervorgehenden weiteren Frage über die Entschädigung keine Rede mehr sein.

2) Unsere deutschen Prozeßgesetze gewähren allgemein der verletzten Partei eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß wegen neu entdeckter Beweismittel[9]) und von dieser Bestimmung dürfen wir den Fall eines auf den Schiedseid gebauten Erkenntnisses nicht ausnehmen. Der gerichtliche Parteieid ist bei uns kein Mittel, eine Verpflichtung zu erzeugen oder zu lösen, das die Folgen eines Vergleichs hat, auf welchen Grund man allein die Unumstößlichkeit desselben mit Ausnahme des Meineids stützt[10]) — sondern nur Beweismittel, weshalb wir auch nicht mehr, wie es allerdings nach römischem Recht statthaft ist, die Zuschiebung über das Recht, vielmehr nur über die es begründenden besonderen Thatsachen zulassen, und es liegt durchaus kein Grund in der Natur der Sache, diesem Zeugnisse in eigner Sache, aus welchem Gesichtspunkte die angesehensten Rechtsgelehrten dieses Beweismittel ansehen[11]), eine größere Glaubwürdigkeit beizulegen, als dem Dritter nicht Betheiligter und Urkunden, und hat deshalb auch schon das römische Recht die Wiederaufhebung eines auf den richterlichen Eid gestützten Erkenntnisses wegen neu entdeckter Beweismittel gestattet. Der etwaige Einwurf, daß mit dem wegfallenden Grunde einer rechtlichen Bestimmung diese selbst nicht wegfällt, läßt sich wohl

---

[9]) Gensler's Commentar zu Martin's Civilprozeß §. 285. Linde's Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln Bd. 5. §. 279.

[10]) Gensler's Commentar zc. §. 179. Baier's Vorträge zu Martin's Civilprozeß Aufl. 6. §. 614. Der Schiedseid verleugnet ja auch insofern schon die Natur eines Vergleichs, als es der Partei, der er angetragen wird, nicht gestattet ist, ihn ohne Zurückschiebung abzulehnen, was sie doch bei einem eigentlichen Vergleichs-Antrag darf; auch sagen die römischen Rechtsgelehrten nur: transactum videri, s. Note 1.

[11]) Gensler im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 1. S. 53 u. 54.

dadurch beseitigen, daß, wenn das deutsche Recht eine Erweiterung und beziehungsweise Abänderung des römischen Rechts einführt, wie doch in der Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen rechtskräftige Erkenntnisse geschehen ist, wir die Beziehung jenes auf einen Fall nicht ausschließen können, worauf sie paßt, der nicht ausgenommen ist und dem nichts entgegensteht, als der Grund einer römisch-rechtlichen durch die deutsche aufgehobenen Bestimmung, den wir nicht anerkennen. Hätten die Römer allgemein und nicht blos ausnahmsweise eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen rechtskräftige Erkenntnisse wegen neuentdeckter Beweismittel zugelassen, so würden sie gewiß auch das auf den gerichtlichen Schiedseid gebaute Erkenntniß nicht davon ausgenommen haben; und der Grund, warum sie jenem, der aus dem außergerichtlichen Eide, der als eine Vergleichsart betrachtet werden muß, hervorgegangen ist, vertragsgemäße Wirkungen beilegen, ja noch weiter gehen, wie bei einem Vertrage, indem sie nicht einmal wegen eines dolus die Anfechtung gestatten, ist blos ein historischer.

Eine Entsagung der beweispflichtigen Partei durch die Eideszuschiebung auf die ihr nicht bekannten Beweismittel läßt sich aber um so weniger annehmen, weil doch dieses immer bedenkliche Beweismittel in der Regel nur beim Mangel sonstiger zur Hand genommen wird, und jene nicht erstreckt werden darf auf die für den Entsagenden zwar begründeten, aber ihm nicht bekannten Rechte.

V.

Von dem Wesen und dem Kreise der strengen Geschäfte und der Incerti Condictio.

Von

dem Herrn Prof. Dr. **Heimbach** in Leipzig.

(Schluß.)

Wir haben bis jetzt den Gegensatz der freien und strengen Klagen in der prozessualischen Behandlung verfolgt, und diesen Gegensatz durch den eigenthümlichen Abschluß der stricti juris negotia zu einem juristischen Ganzen, das durch sich besteht und durch sich selbst geltend gemacht wird, zu erklären versucht. Zur Vervollständigung der Untersuchung wird es nun jetzt nöthig, den Kreis der strengen Geschäfte näher zu begränzen und im Einzelnen anzugeben, was nach den Zeugnissen der römischen Rechtsquellen dahin gehört und was davon auszuscheiden ist. Auf diesem Felde hat nun bereits von Savigny[1]) angedeutet, daß der Ausdruck Condictio durchaus gleichbedeutend ist mit stricti juris actio und daß gerade hierin der Grund davon liegt,

---

[1]) System Bd. V. S. 462, 503 folg.

weßhalb dieser letzte Ausdruck so selten in unsern Rechtsquellen vorkommt. Späterhin wird dafür noch angeführt, daß in der That alle bekannten Condictionen stricti juris judicia sind, und daß gerade die Klagen, welche nach den Untersuchungen dieses Gelehrten vom Gebiete der Condictionen ausgeschlossen sind, d. h. alle honorariae actiones, alle Klagen in rem, alle Delictsklagen, alle bonae fidei actiones, in der That auch nie den Namen Condictio führen. Zur Erhärtung dieser Behauptung mag eine ganze Reihe von Zeugnissen dienen, die sich aus der Zeit Justinians und seiner nächsten Nachfolger erhalten haben und jetzt im Einzelnen durchgegangen werden sollen.

1) Theophilus paraphr. inst. IV. 13. §. 3. ed. Reitz. I. pag. 877. Er sagt: ich habe dir 100 Solidi zum Darlehn gegeben und einige Zeit später mit dir den Vertrag abgeschlossen, diese Summe nicht zu fordern. Diesen Vertrag hebt nun die Condictio ipso jure nicht auf, da diese eine stricti juris actio ist (*τὸ πάκτον τοῦτο οὐκ ἀναιρεῖ τὸν κονδικτίτιον, στρίκταν οὖσαν τὴν ἀγωγήν*). Offenbar ist hier die Darlehnsklage gemeint, die als Condictio, zugleich auch als stricti juris actio bezeichnet wird.[2])

2) Ein Scholium des Nomophylax zu L. 10. §. 12. D. 17. 1. (mandati vel contra). Er sagt, im vorliegenden Falle habe der Hauptschuldner ein größeres Interesse daran, mit der einfachen Condictio verklagt zu werden, die zu den stricten Klagen gehöre und keine Verzugszinsen in Anschlag bringe, als vom Bürgen belangt zu werden mit der Mandatsklage, die zu den freien Klagen gehört und noch dazu die Infamie dem Verurtheilten zu Wege bringt. (*Συνέφερε γὰρ αὐτῷ τῷ κονδικτικίῳ ἐνάγεσθαι τῶν στρίκτων ὄντι, καὶ ἀπὸ μόρας τόκον μὴ*

---

[2]) Darauf hat schon aufmerksam gemacht Mühlenbruch in den Heidelberger Jahrbüchern 1821 1. Hälfte S. 55. Er fehlt aber offenbar darin, daß er das Zeugniß, welches im Sinne des Schriftstellers nur auf die Darlehnsklage sich bezieht, von jeder möglichen Condictio überhaupt verstehen will.

ἀπαιτοῦντι ἢ τῇ μανδάτι τῶν βόνα φίδε καὶ ἀτιμοποιῷ οὔσῃ.) [3])

3) Ein altes Pandectenscholium zu L. 7. D. 2. 14. (de pactis) [4]), was erst in der Heimbach'schen Ausgabe der Basiliken aus der Einen Coislin'schen Handschrift abgedruckt worden ist, rechnet alle Klagen, deren Intentio so anhebt: si paret dare oportere zu den strengen Klagen. Das nun ist bekanntlich die Intentio aller Condictionen auf certa res. Es heißt da: in den stricten Klagen widersprechen der Intentio alle Aufhebungsgründe, welche die Klage ipso jure aufheben, Solution, Acceptilation, Novation. Denn der Kläger sagt hier: si paret dare oportere. Der Beklagte entgegnet ihm dann: du beklagst Jemand, welcher durch Solution, Acceptilation, Novation von der Verbindlichkeit liberirt worden ist. (*ἐπὶ στρίκτων ἀγωγῶν μάχονται τῇ ἰντεντίονι αἱ ἔννομοι λύσεις τῶν ἀγωγῶν, σολουτίων, ἀκεπτιλατίων, νοβατίων· λέγει γὰρ ὁ ἄκτωρ ἐὰν πεισθῇ δοῦναι οφείλειν* (vulgo *ὀφείλει*) *Εὐθὺς ὁ ῥέος ἐναντιοῦται καὶ φησιν. δόρε λέγεις ἄνδρα καταβαλόντα ἢ ἐλευθερωθέντα ἀκεπτιλατίονι ἢ νοβατίονι.*)

4) Ein Basilikenscholium [5]) bemerkt, daß in den stricten Klagen keine Zinsen gefordert werden und beruft sich deßhalb auf den Index, welcher sagt: in allen Condictionen komme eine Zinsforderung überhaupt nicht vor, weil sie zu den stricten Klagen gehören, es müßte denn eine besondere Zinsenstipulation erfolgt seyn. (*ὡς ἀπὸ τοῦ ἴνδικος φαίνεται λέγοντος· ὁ κονδικτίκιος οὐκ οἶδε, καθ' ἑαυτὸν τόκους ἀπαιτεῖν πάντως ὡς στρίκτος, εἰ μήποτε γένηται ἐπερώτησις.*)

Außerdem ist noch der Beweis zu führen, daß auch die Incerti Condictiones zu dem Kreise der strengen Klagen gehören. Für die gewöhnlichen, welche aus den bereits anerkannten Con-

---

[3]) In den Basilica ed. Heimbach, tom. II. p. 89.

[4]) l. c. tom. I. p. 566.

[5]) l. c. tom. II. p. 695.

dictionsgründen auf dare oportere zugelassen werden, bedarf dieß eines besondern Nachweises, da schon ihre Eigenschaft als Condictionen für die hier aufgestellte Meinung bürgt. Das gilt bei der Incerti Condictio aus dem Indebitum, sine causa, ex causa furtiva und ähnlichen. Außer diesem Kreise begegnen wir noch der actio incerti ex stipulatu und incerti actio ex testamento, für deren strenge Eigenschaft schon v. Savigny[6]) theils ihre Natur als Condictionen, theils die in den römischen Rechtsquellen oftmals wiederkehrende Zusammenstellung beider Klagen geltend gemacht hat. Ein weiteres Argument hat vielen Rechtsgelehrten auch die merkwürdige Zusammenstellung von zwei Fragmenten in den Justinianischen Pandecten an die Hand gegeben.[7]) Hier erörtert MARCIANUS lib. 4. Regularum die Fälle, in denen der Würderungseid stattfindet nach Verschiedenheit der Klaggeltungen und Einzelklagen, die anhängig gemacht werden. Er sagt: der Eid findet statt bei der actio in rem, ad exhibendum und den bonae fidei iudicia; dann setzt er hinzu:

Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est, veluti si promissor Stichi moram fecerit et Stichus decesserit, quia iudex aestimare sine relatione iurisiurandi non potest rem, quae extat. (Offenbar ist hier an eine Stipulatio gedacht worden, die eine certa res, den Stichus, zum Gegenstande hat). Dann folgt gleich ein Fragment des PAULUS lib. 26. ad Edictum.

Alius si ex stipulatu vel ex testamento agatur, non solet in litem iurari. Hier ist nun sofort aus der Zusammenstellung klar, daß beide Fragmente vom Standpunkt der Pandectencompilatoren aus zusammengelesen werden sollen, daß also das zweite zur Ergänzung des im ersten abgebrochenen Gedanken dienen soll. Dieß angenommen, so würde die Einstellung der actio ex stipulatu und ex testamento unter die strengen Klagen

---

[6]) System Bd. V. S. 532, 540.

[7]) L. 6. §. 4. u. L. 7. D. 12. 3. (de in litem iurando).

weiter keinem Zweifel unterliegen. Für die strenge Eigenschaft der ersteren hat sich sogar noch ein specielles Zeugniß erhalten in einer Constitution Justinians, welche die alte rei uxoriae actio aufhebt und an deren Stelle die actio ex stipulatu mit der Eigenschaft einer bonae fidei actio setzt.[8]) Hier kommt von der ältern actio ex stipulatu auf Rückforderung des Heirathsgutes folgender Passus vor, welcher für deren strenge Natur entschieden beweist: sed etsi non ignoramus ex stipulatu actionem stricto iure esse vallatam et non ex bona fide descendere. Weitere Andeutungen für die strenge Eigenschaft beider Klagen gewähren die postjustinianischen Rechtsquellen des Orients, dessen Zeugnisse wir hier zusammenstellen wollen.

1) Ein Scholium zu L. 6. D. 12. 3. (de in litem iurando)[9]) sagt zu den Worten si ex stipulata vel ex testamento agatur: der Jurist hat diese Klagen nur beispielsweise aufgeführt, um zu zeigen, daß bei den strengen Klagen im Fall der Mora der Würderungseid eintritt. Denn es ist Sitte der römischen Juristen, durch die actio ex stipulatu und ex testamento sämmtliche strenge Klagen zu bezeichnen (*ἔϑος γὰρ τοῖς νομικοῖς, ἀπὸ τῆς ἐξ στιπουλάτου τῆς μεταξὺ τῶν ζώντων κινουμένης καὶ τῆς ἐξ τεσταμέντο, τῆς μετὰ τελευτὴν τοῦ τεστάτορος ἁρμοζούσῃ, πάσας σημαίνειν τὰς στρίκτας.*)

2) Stephanus zu L. 40. D. 12. 1.[10]) in der Protheorie spricht von einem der Stipulation von Anfang an hinzugefügten Pactum adjectum und sagt, es verändert die Natur des Contractes und bewirkt, daß die actio ex stipulatu, die zu den stricten Klagen gehört, conditionalis wird (*καὶ τὴν ποῦραν καὶ στρίκταν ἐξ στιπουλάτου μετατυποῖ καὶ αἱρετικὴν εἶναι παρασκευάζει*).

---

[8]) L. un. §. 2. C. 5. 13. (de rei uxoriae actione.)

[9]) Basilicorum ed. Heimbach. II. p. 581.

[10]) l. c. II. 634.

3) Ebenderselbe zur angeführten Stelle sagt: [11]) bemerke, daß bei allen stricten Klagen, wozu auch die actio ex stipulatu gehört, (στρίκτα δὲ καὶ ἡ ἐξ στιπουλάτου) Pacta, die von Anfang an hinzugefügt sind, von Seiten des Beklagten eine Exception erzeugen und insofern die Klage umgestalten. Jener Zwischensatz, wozu auch die actio ex stipulatu gehört, wird in der Stelle so ausgedrückt: στρίκτα δὲ καὶ ἡ ἐξ στιπουλάτου.

4) Einen weiteren Beweis ergiebt ein Scholium des Cyrillus zu L. 9. §. 1. D. 12. 5.,[12]) das aber erst im Zusammenhange mit diesem Pandektenfragmente verständlich ist. Paulus sagt hier: Habe ich Jemandem Etwas gegeben, damit ich zurück erhalte, was ich ihm zum Gebrauche geliehen habe, so kann ich das Hingegebene condiciren. Geschah die Hingabe in der Absicht, das zurückzuerhalten, was du mir aus der Miethe, dem Kaufe oder dem Auftrage schuldest, so habe ich zur Restitution des Hingegebenen die Miethklage, die Eigenthumsklage und die Mandatsklage. Wenn ich hingegen etwas hingegeben habe, um das zu erhalten, was mir aus einer Stipulation oder aus einem Testamente geschuldet wird, so habe ich nur die Condiction dessen, was ich hingegeben habe. Dazu nun macht Cyrillus die Bemerkung, daß man in freien Klagen die principale Geschäftsklage auch auf das ausdehnen könne, was hingegeben worden ist; bei strengen Geschäften stehe aber zu diesem Zwecke nur die Condictio zu. (ἐπὶ τῶν βόνα φίδε ἀγωγῶν ὁ λαβὼν ἵνα ἀποδῷ, ὃ χρεωστεῖ, καὶ διὰ τῆς πρωτοτύπου αἰτίας ἀπαιτεῖται, ὃ ἔλαβεν. ἐπὶ δὲ τῶν στρίκτων, μόνῳ τῷ κονδικτικίῳ). Das Ganze erhält erst durch die Bemerkung seine Erklärung, daß die Römer in solchen Fällen die Rückforderung des Gegebenen mit der Condictio gestatten, weil es zur turpis causa gehört, Geld anzunehmen, damit man eine Verbindlichkeit erfüllt,

---

[11]) l. c. II. p. 635.

[12]) Bas. III. p. 18.

zu der man schon durch das Gesetz gehalten ist. Diesen Grundsatz wendet Cyrillus auf beide Klagen an, findet aber einen wesentlichen Unterschied darin, daß bei den strengen Geschäften die principale Geschäftsklage nicht auf Rückgabe des Hingegebenen ausgedehnt wird, was bei den freien Klagen allerdings möglich ist. Er subsumirt also offenbar die Forderungen aus den Stipulationen und Testamenten unter die stricten Klagen.

5) Nicäus sagt zu L. 4. pr. D. 22. 1.[13]) du weißt schon, daß die actio ex stipulatu, welche zu den stricten Klagen gehört, durch die Zahlung dessen, was das Object der Stipulation ist, erlöscht. (*οἶδας, ὡς ἡ ἐξ στιπουλάτου στρίκτα οὖσα τῇ καταβολῇ τοῦ ἐφ' οὗ προέβη ἡ ἐπερώτησις, πράγματος σβέννυται*).

6) Ein namenloses Scholium zu den Basilica 23. 3. them. 17. §. 3.[14]) sagt von der actio ex testamento: bemerke, daß die actio ex testamento, wenn sie auch zu den strengen Klagen gehört, doch auch auf Zinsen geht, obschon diese nicht durch Stipulation ausdrücklich versprochen worden sind; das ist aber dieser Klage eigenthümlich. (*σημείωσαι, ὅτι ἡ ἐξ τεσταμέντο στρίκτα οὖσα τόκον ἀνεπερώτητον ἀπαιτεῖ. τοῦτο δὲ ἰδικόν ἐστι*).

Auch das Creditum in der ausgedehnten Bedeutung der classischen Zeit ist zweifelsohne zu den strengen Klagen gerechnet worden. Dieß bezeugt einmal die Verbindung desselben mit dem Condictionensystem in dem Prätorischen Edicte, woraus sie in die Justinianischen Pandecten und in Paulus sententiae receptae übertragen worden ist. Sodann der Umstand, daß in der Rede Cicero's pro Roscio comoedo, welche recht eigentlich das Creditum angeht, die actio certae creditae pecuniae aus der Numeration, Stipulatio und Litterarum Obligatio entsteht, eine

---

[13]) Basil. II. p. 684.

[14]) II. p. 698.

Klage, deren strenge Natur von Gajus[15]) bezeugt wird, indem er sie ohne Weiteres zu den Condictionen rechnet. Außerdem gehört hierher noch die Thatsache, daß das Darlehn, welches regelmäßig ein Creditum erzeugt, schon oben als eine strenge Obligatio nachgewiesen worden ist (vergl. S. 146).[16]) Specielle Zeugnisse dafür sind im Einzelnen noch folgende:

a) Das bereits oben erklärte Pandectenscholium zu L. 7. de pactis zählt die strengen Geschäfte auf, die im Justinianischen Recht noch übrig geblieben und erwähnt als solche Darlehn, Stipulation, Schenkung, Legat. Nun ist es aber von den erstern beiden anders woher gewiß, daß sie im Justinianischen Rechte noch die alleinigen Gründe des Creditums sind.

1) Stephanus zu L. 40. D. 12. 1. (de rebus creditis)[17]) sagt in der Protheorie folgendes: Strenge Klagen werden nur dann durch pacta in continenti adjecta umgestaltet, wenn sie die Substanz des Contractes mindern und dem Beklagten nützen. Nützen sie aber nur dem Kläger, so vermögen sie es nicht, den Contract umzugestalten. Das nun hat Ulpian in 11. Digestum them. 2. des gegenwärtigen Titels gelehrt, wo er sagt, daß wenn bei einem Darlehn von 10 ausgemacht wird, es sollen nur 9 zurückgezahlt werden, die Condiction ipso jure nur auf diese Neun zusteht; daß aber, im Fall nach dem Vertrage 11 zurückgezahlt werden sollten, die Klage nicht umgestaltet wird, sondern auf ihrer natürlichen Grenze bleibt und lediglich zur Rückforderung der anfänglich geborgten 10 angestellt werden kann. Der Scholiast zählt also das Darlehn und die daraus entstehende Condiction geradezu den strengen Klagen bei. Die Worte des Stephanus lauten so: τότε δὲ τὴν στρίκταν ἀγωγὴν τὰ ἐξ κον-

---

15) Inst. IV. §. 18. 33. Auch die byzantinischen Juristen aus der Zeit Justinian's nennen die Darlehnsklage immer ὁ κονδικτίκιος.

16) Seltsamer Weise hält Thibaut das Darlehn für einen freien Contract.

17) Basil. II. p. 633.

τινέντι πάκτα μετατυποῦσιν, ὅτε καθὸ εἴρηται, μειωτικὰ ἐστι τοῦ συναλλάγματος καὶ ἀπὸ πλευροῦ τοῦ ῥέου γίνεται, τουτέστιν, ὅπερ αὸν ῥέον ὠφαλεῖ τὸ γενόμενον σύμφωνον. τὴν στρίκτην ἀγωγὴν οὐδὲ τὰ ἐξ κοντινέντι πάκτα μετατυποῖ, ἐκ πλευροῦ μέντοι τοῦ ἄκτωρος τουτέστιν ἔνθα ὁ ἄκτωρ ὠφελεῖται, ὡς φθάσας ἐδίδαξεν ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ ιά. διγ. θεμ. β. τοῦ παρόντος τίτλου· δέκα γὰρ νομισμάτων δανεισθέντων ἔφη, εἰ μὲν ἐννεά μόνα συνέδοξε δοθῆναι νομίσματα, ἐπὶ τοῖς ἀννέα μόνοις κατὰ τὸ ἴφο ἰοῦρα ἁρμόττει ὁ κονδικτίκιος. εἰ δὲ συνέδοξον ἕνδεκα τὸν ῥέον ἀποδοῦναι εῷ ἄκτωρι, οὐ μετατυποῦται ἡ ἀγωγὴ, ἀλλ' ἐπὶ σχήματι μένει, καὶ μόνα τὰ ῑ νομίσματα τὰ δανεισθέντα τὴν ἀρχὴν ἀπαιτεῖ.

Hiermit ist zugleich die weitere Frage entschieden, ob auch die Litteraturum Obligatio des älteren und neueren römischen Rechtes der Kategorie der strengen Geschäfte beizuzählen ist oder nicht. Wenn sie zum Creditum gehört, muß die daraus entstehende Klage auch eine strenge seyn. Für jene Eigenschaft der nomina transcriptitia bezeugt nun Cicero, daß die alte nominum obligatio, welche auf der Eintragung in die Hausbücher — der expensilatio — beruht, ein Grund der actio certae creditae pecuniae ist. Namentlich hatte ein Prozeß des Roscius, den Cicero vertrat, dessen Gegner sich auf eine solche litterarum obligatio gestützt. Ferner die litterarum obligatio des Peregrinenrechts anlangend, die aus Syngraphen und Chirographen entsteht, so kann deren strenge Natur gleichfalls nicht zweifelhaft seyn. Denn für die Syngraphe haben wir ein Zeugniß, daß auch sie ein Creditum erzeugt; für die Chirographa ergeben die römischen Rechtsquellen weiter nichts Entscheidendes, als daß auch aus ihnen im Justinianischen Rechte eine litterarum obligatio entstehen kann und gerade die hieraus zustehende Klage heißt denn in den Rechtsquellen condictio. Ganz entscheidend sind hier die Worte der Justinianischen Institution [18]:

---

[18]) de litterarum obligatione III. 32.

Plane si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est. Sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur et ex ea nascatur condictio cessante scilicet verborum obligatione.

Ob mit den bisher nachgewiesenen Einzelgeschäften und Einzelklagen der Kreis der strengen Obligationen im Justinianischen Rechte geschlossen ist, das ist eine Frage, die wir in Ermangelung eines hinreichenden Quellenmaterials nicht zu entscheiden vermögen. Ein schon oben vorgekommenes Scholium zu L. 7. D. de pactis rechnet dahin noch die Schenkung und bemerkt, daß mit der Schenkung, dem Darlehn, der Stipulation, dem Legate [19]) der Kreis der stricten Verträge (συμφώνοις) für das Justinianische Recht geschlossen ist (ταῦτα γὰρ μόνα τεσσαρά εἰσι στρίκτα). Diese Behauptung schließt, genauer betrachtet, auch nicht den großen Theil des Condictionengebietes vom Begriff der strengen Obligationen aus, die wesentlich nicht auf Verträgen beruhen, z. B. condictio indebiti, sine causa, ex injusta causa und nach dem Obigen gleichwohl strenge Klagen sind. Wohl aber dürfte die strenge Natur der Schenkung und der Schenkungsklagen, wie sie hier allgemein ausgesprochen zu seyn scheint, problematisch erscheinen, theils weil die Schenkung in den römischen Rechtsquellen nicht als ein besonderer Obligationsgrund in Betracht kommt, sondern überall mehr als eine allgemeine causa von Vermögensvermehrungen dargestellt wird; theils, weil sich nicht absehen läßt, wie überhaupt in allen Fällen die Form der Schenkung eine strenge Obligation erzeugen könne, da gerade die gewöhnlichste Form — die Dation — nach der die

---

[19]) Bas. I. p. 563. Daß hier das Legat mit unter den σύμφωνα aufgezählt wird, hat seinen Grund in der Thatsache, daß die Gültigkeit desselben auf der alten noxi obligatio beruht, welche bei dem alten testamentum per aes libram zwischen dem Erblasser und dem familiae emtor abgeschlossen ward.

ganze Lehre von den Schenkungen allmählig ausgebildet worden, offenbar gar keine Klage, gar keine Obligation erzeugt. Ferner kann auch nicht die Schenkungsform durch Stipulation gemeint seyn, weil sonst die Schenkung neben der Stipulation nicht noch besonders hätte erwähnt werden können. Dieß Alles erklärt sich indeß, wenn wir die Stelle restrictiv interpretiren und annehmen, daß hier nur an den Einzelfall der Schenkung gedacht worden ist, der durch einfache Pollication geschieht. Diese war nämlich im älteren Rechte durchaus unklagbar und unverbindlich, indessen hat sie Kaiser Justinian mit der Klagbarkeit versehen [20]), so daß aus einem solchen Versprechen, wie im Kauf die Tradition erzwungen werden kann. Hier ist nun eine neue obligatio geschaffen worden, als deren Inhalt ein einfaches dare oder facere erscheint, deren Object aber in der Regel von Anfang der Verbindlichkeit herein genau begränzt ist. Es treffen hier also alle Merkmale der strengen Obligation zu und so ist die Sache auch von den byzantinischen Juristen angesehen worden, da sie aus dem einfachen Schenkungsversprechen eine condictio ex lege gestatten [21]). Wie diese überhaupt darauf gekommen sind, die Schenkung von den freien Obligationen auszuscheiden, das ergiebt am deutlichsten eine Pandectenstelle, die von Modestin [22]) herrührt und rück-

---

[20]) L. 35. §. 5. C. de donationibus (VIII. 54.). Vergl. §. 2. J. 2. 6. (de donationibus) Nov. 162. cap. 1. pr.

[21]) L. 22. D. 39. 5. (de donationibus) MODESTINUS libro VIII. differentiarum. Eum, qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequitatis est, maxime cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur.

[22]) Cyrillus zu L. 5. D. de pactis in Basil. I. p. 557. ed. HEIMBACH. *οἶδα δὲ ὅτι καὶ ἡ δωρεὰ καὶ αὐτὴ ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκτει σήμερον τὸν ἐξ λέγε κονδικτίκιον.* In einem Scholium zu L. 10. C. 2. 3. Bas. I. p. 650., was wahrscheinlich dem Thalaläus angehört, heißt es, aus einem nudum pactum entspringe keine Klage. Dann fährt es so fort: *τοῦτο δὲ νόησον, ἐὰν μὴ ἐπὶ δωρεᾷ γέγονεν ἐπείτοιγέ ἐστιν ὁ ἐξ λέγε κονδικτίκιος.*

wärts auf das neu geschaffene Verhältniß angewendet worden ist.

Die Resultate der bisherigen Untersuchungen lassen das Gebiet der strengen Klagen mit dem der Condictionen zusammenstellen, natürlich mit Einschluß des Creditums, was durch obligatorische Numeration, Stipulation und litterarum obligatio entsteht, der incerti condictiones mit der intentio auf quicquid dare facere oportet, der actio ex stipulatu auf ein Incertum, der actio ex testamento, mag sie ein Certum oder ein Incertum zum Gegenstande haben, und der condictio ex lege, wohin nach der Ansicht der Byzantiner auch die Schenkungsklage gehört, insofern sie nach Justinian's Verfügung aus dem bloßen Schenkungsvertrage entstehen kann. Mit Einem Worte, das Creditum und die andern Condictionsgründe bilden nach dem Inhalte der römischen Rechtsquellen, soweit wir die Spuren derselben verfolgen können, den eigentlichen Inhalt des Systems der strengen Klagen. Diese Ansicht ist nicht neu; sie ist namentlich in Betreff der Condictionen bereits von Gans und dessen Recensenten Mühlenbruch[23]), in ihrem ganzen Umfange aber zuerst von Savigny[24]) deducirt worden, der indeß keine Ahnung davon hatte, daß seine Vermuthung durch Zeugnisse der byzantinischen Juristen bis zur Evidenz erhoben werden könne.

Erst von diesem Standpunkt aus wird es möglich, zwei Argumente für diese Ansicht vom Standpunkt der klassischen Juristen aus zu entwickeln, welche das Ergebniß der byzantinischen Rechtsquellen auf überraschende Weise bestätigen und zugleich einen Beweis für die Behauptung enthalten, daß, was nicht zu den angegebenen Fällen gehört, aus dem System der strengen Klagen auszuscheiden ist.

1) Im klassischen Pandectenrechte findet sich in der arbitraria actio de eo quod certo loci dari oportet ein eigenthümliches

---

[23]) In den Heidelberger Jahrbüchern 1821. Erste Hälfte S. 55.

[24]) a. a. O. Bd. V. S. 503 folg., 573 folg., 590 folg.

Institut, welches sich nicht auf freie[25]), sondern lediglich auf strenge Klagen bezieht und zwar nnr auf die Classe von ihnen, welche eine certa intentio auf si paret dare oportere habe, und wiederum von diesen nur solche Fälle vor Augen hat, in denen entweder durch ausdrückliche Verabredung der Partheien oder aber durch die einseitige Nuncupation des Testators, welcher das legatum per damnationem angeordnet hat, ein bestimmter Zahlungsort festgestellt worden ist. Das letztere sieht man hauptsächlich daraus, daß das Institut zur Vermeidung der plus petitio loco eingeführt worden ist[26]), allein ein plus petere ist nach den Ideen der classischen Juristen bei incertae formulae auf quicquid dare facere oportet gar nicht denkbar.[27]) Mithin fallen von den bekannten Condictionsgründen des Prätorischen Condictionensystems solche aus, bei denen schon ihrer Natur nach ein Ort der Rückgabe des Datum nicht vorkommen kann, z. B. indebiti; ob turpem vel injustam causam; causa data causa non secuta, sine causa: ferner von den übrigen alle incerti condictiones mit Einschluß der actio incerti ex stipulatu und ex testamento. So bleiben denn für die arbitraria actio nur noch übrig das Creditum im eben angegebenen Sinne, die certi condictio aus der certa stipulatio und legatum certum per damnationem. Damit stimmt nun der Inhalt der römischen Rechtsquellen, soweit er in den Justinianischen Pandecten erhalten ist, auf das vollständigste und genaueste überein. Das Institut findet seine Anwendung bei der stipulatio auf dare[28]), bei dem

---

[25]) L. 7. pr. D. 13. 4. (de eo quod certo loco) in bonae fidei iudiciis, etiamsi in contrahendo convenit, ut certo loco quid praestetur, ex empto vel vendito vel depositi actio competit, non arbitraria actio (PAULUS lib. 28. ad Edictum).

[26]) §. 33. J. 4. 6. (de actionibus) ibiq. Theoph.

[27]) Deßfalls bringt Theophilus l. c. zur Erklärung der Sache gerade die Condictionsformel auf si paret dare oportere bei.

[28]) L. 2. §. 1. L. 8. D. ibid. §. 33. J. 4. 6.

Darlehn [29]), bei dem legatum per damnationem [30]), also bei lauter Obligationsgründen, welche ein certum petere zu erzeugen vermögen und zweifelsohne dem Condictionenkreise angehören. Damit ist nun zugleich indirect die Identität des Condictionensystems und des Kreises der strengen Klagen auf das Klarste erwiesen.

2) Erläutert sich hierdurch die Verbindung des Creditums mit den Condictionsgründen im Prätorischen Condictionensystem. Dasselbe wird von den Edictcommentatoren, am schärfsten von Paulus herausgehoben, welcher mit dem 28. Buch seines Edictcommentars das Creditum beginnt und das Condictionensystem mit der actio de eo, quod certo loco schließt: dagegen Constitut und das Weitere dem 29. Buch überwiesen hat. Hieraus ergiebt sich, daß das Verzeichniß der einzelnen Condictionsgründe, so wie wir es im 12. und 13. Buche der Justinianischen Pandecten vorfinden, das Condictionssystem des Prätorischen Edictes ist und zugleich die weitere Bestimmung hat, das Gebiet der strengen Klagen in seinem ganzen Umfange zu erschöpfen und nach der Seite der einzelnen Condictionsgründe, aus welchen dergleichen entstehen können, in seiner ganzen Vollständigkeit darzustellen. Diesem System der strengen Klagen schließt sich denn im Prätorischen Edict ganz natürlich die actio arbitraria de eo, quod certo loco dari oportet, als Anhang an, weil sie nur bei strengen Klagen auf si paret dare oportere eintreten kann, wenn denselben ein bestimmter Zahlungsort hinzugefügt worden ist. Durch diese Einsicht des inneren Zusammenhanges zwischen dem Condictionensystem des Edicts und dem prätorischen System der strengen Klagen erhalten wir nun ein wichtiges Argument zur Abweisung aller Vermuthungen der neueren Juristen, welche die Zahl der strengen Klagen mit solchen zu vermehren geneigt sind,

---

[29]) L. 6. D. ibid.

[30]) L. 5. D. 13. 4. si haeres a testatore iussus sit certo loco quid dare, arbitraria actio competit. (Paulus lib. 28. ad Edictum).

die der Prätor nicht in sein Condictionssystem aufgenommen hatte.

Wenn wir nach diesen Erörterungen auf die Dogmengeschichte der Frage, welche Klagen in die Kategorie der strengen eingerechnet worden sind, übergehen, so wird es bei der großen Meinungsverschiedenheit der Neueren, welche auf diesem Gebiete sichtbar wird, gut seyn die Einzelansichten der neueren Rechtslehrer auf gewisse allgemeinere Gesichtspunkte zurückzuführen und dann erst eine Sachkritik der Meinungen anzuschließen. Zunächst giebt es Gelehrte, welche die strenge Natur der Condictionen überall in Abrede stellen und sie geradewegs den strengen Klagen zuzählen. Dahin gehört Just Henning Böhmer[31]) und Glück[32]). Besondere Gründe für die Ansicht werden nicht angeführt; daß sie bereits in den obigen Zeugnissen ihre volle Widerlegung findet, braucht hier nur erwähnt zu werden. Unter den übrigen Rechtslehrern, welche die Condictionen zum Gebiete der strengen Klagen ziehen, herrscht aber wieder insofern eine große Meinungsverschiedenheit, indem Einige die Zahl der strengen Obligationen vermehren, andere dieselbe vermindern. Beide Classen sollen jetzt im Einzelnen auseinander gehalten werden.

Anlangend die erste Classe, d. h. die Mehrer der strengen Klagen, so verdienen hauptsächlich folgende Einzelpunkte eine nähere Erwägung.

1) Einige haben das sogenannte depositum miserabile, was das Prätorische Edict im Abläugnungsfall mit der poena dupli belegt hat, zu den strengen Klagen ziehen wollen. Diese Ansicht wird bereits in der Glosse referirt[33]), allein auch dort bereits nach dem Vorgang des Joannes ausdrücklich verworfen, weil die depositi actio zu den freien Klagen gezählt wird und, wo das Gesetz nicht unterscheidet, auch die Interpreten desselben nicht

---

[31]) de actionibus sect. I. cap. 3. §. 38. p. 50.

[32]) Erläuterung der Pandekten Th. 13. S. 8. flg.

[33]) Glossa ad §. 28. J. de actionibus Vb. depositi.

berechtigt seyen, eine Unterscheidung zu versuchen. Treffender würden folgende Gründe seyn, daß der Fall nicht im Prätorischen Condictionensystem hervorgehoben wird, hier auch eine dupli condemnatio und Infamie für den Verurtheilten vorkommen kann, für die im Gebiete der strengen Klagen überall kein Raum ist. Ueberhaupt liegt auch gar kein Grund vor, daß durch das depositum miserabile die Natur des zufällig zweiseitigen Contractes verändert wird. Allein das, oder etwas Aehnliches müßte man von dem jenseitigen Standpunkte aus annehmen, weil der Unterschied der strengen und freien Klagen nicht lediglich in der Prozeßdoctrin wurzelt, sondern vielmehr in der Einseitigkeit oder möglichen Zweiseitigkeit des Obligationsverhältnisses, was ihnen zu Grunde liegt.

2) Andere haben die Ansicht aufgestellt, daß alle Klagen, welche nicht im Verzeichnisse der freien Klagen vorkommen, welches Justinians Institutionen enthalten, zu den strengen Klagen gezählt werden möchten. Diese Meinung findet sich bereits in der Glosse[34]), welche zu diesem Zwecke das genannte Verzeichniß in drei Memorialverse gebracht hat. Späterhin ist sie als Rückwirkung der Glosse von Bachovius van Echt vertheidigt worden in seinem tractatus de actionibus, wo er die funeraria und die actio de pecunia constituta zu den strengen Klagen zählen will, obschon dieß schon ihres prätorischen Ursprungs halber völlig unzulässig ist. In jüngster Zeit ist sie wiederum von Stever aufgenommen worden, welcher die Realklagen mit Ausnahme der hereditatis petitio, die damni infecti actio und die actio aquae pluviae arcendae, alle Interdicte, Pönalklagen, extraordinariae persecutiones, namentlich die fideicommissi per-

---

[34]) Gloss. ad l. c. bonae fidei sunt hae XVII. actiones, quae numerantur in hoc §. et seq. Bonae fidei sunt. Aliae autem omnes sunt stricti iuris, nam quamcunque hic non inveniam, stricti iuris eam iudicabo.

secutio in den Kreis der strengen Klagen hereinzieht.[35]) Diese Ansicht beruht auf zwei Grundirrthümern, welche hier nur mit zwei Worten ausgedrückt werden sollen. Einmal auf der Annahme, daß die Eintheilung der Klagen in strenge und freie alle Rechtsmittel umfassen soll, mit denen ich selbstständig und angriffsweise einen Anspruch gegen einen Andern verfolgen kann; indem sie dem römischen Kunstausdruck actio, welcher zur Zeit der classischen Juristen die Interdicte und extraordinariae persecutiones (also auch nicht die Fideicommißklage, die nie per formulae conceptionem abgesetzt ward) niemals eingeschlossen hat, einen durchaus falschen Begriff leiht. Sodann auf der Vermuthung, daß das in der Institutionenstelle gegebene Verzeichniß andeuten solle, Klagen, die darin nicht zu den freien gerechnet werden, gehörten zu den strengen. Allein diese Ansicht haben die Verfasser der Institutionen nirgends ausgesprochen; auch der alte Institutionenerklärer nirgends angedeutet; vielmehr setzen beide das Gebiet der strengen Klagen als anderswoher bekannt voraus. Vergleicht man nun vollends die Quelle[36]), aus welcher die Justinianischen Institutionen ihr Verzeichniß der freien Klagen einfach abgeschrieben haben, natürlich mit den Modificationen, welche die Veränderung des Rechtes und das Veralten einiger Institute veranlaßt hat, so wird es unmöglich zu glauben, der Schriftsteller habe damit andeuten wollen, daß die Klagen, welche darin nicht genannt sind, zu den strengen gerechnet werden. Vielmehr giebt er das Verzeichniß der Compensationslehre, welche die Fälle aufzählt, in denen der Kläger nicht immer das Solidum erhalten kann und zwar bei Gelegenheit der tacita compensatio, welche die bonae fidei judicia ihrer natürlichen Grundlage nach in sich schließen, woran denn späterhin das agere cum compensatione angeschlossen wird. In diesem Zu-

[35]) de summario Rom. judicio p. 19., 26., 29. Not. 2. p. 41—46.

[36]) Gaius inst. IV. §. 61.

sammenhange nun kam es dem Schriftsteller lediglich darauf an, die Fälle anzugeben, in welchen jene tacita compensatio stattfindet; keineswegs lag es aber in seiner Absicht, durch die also motivirte Aufzählung der freien Klagen das Gebiet der strengen genau zu begränzen. Stellt sich sonach die exegetische Grundlage dieser Ansicht als völlig unhaltbar heraus, so möchte es doch auch der Mühe lohnen, die Einzelthatsachen genauer aufzuzählen, welche deren positiver Geltung entgegenstehen möchten. Einmal werden alle actiones in rem und Pönalklagen nirgends im Prätorischen System der strengen Klagen erwähnt. Sodann haben namentlich die Letztern, soweit sie civilen Ursprungs sind, z. B. die actio furti nec manifesti, theils in der condemnatio in duplum, theils in der infamia für den Verurtheilten Folgen, die bei sämmtlichen Klagen des strengen Systems nirgends vorkommen: auch überhaupt nicht vorkommen können, weil in den strengen Klagen das Jus und dessen Folgen in der Execution der Klage zusammenfällt, also nichts Gegenstand der Condemnation werden kann, was nicht bereits in dem Jus enthalten ist, was die intentio der formula enthält. Nicht zu gedenken, daß sämmtliche Klagen des Prätorischen Condictionensystems eine in jus concipirte intentio entweder auf si paret dare oportere oder auf quicquid paret dare facere oportere haben, während die intentio der actio furti entschieden anders gefaßt ward, nehmlich auf damnum decidere oportere.[37]) Gerade dieß letzte Merkmal geht auch allen Prätorischen Pönalklagen aus delicta vel quasi vollständig ab, z. B. der actio injuriarum, der Klage gegen den, qui litem suam facit u. s. w. Daher sie sämmtlich keine in Jus, sondern in factum concipirte intentio haben nach dem Grundsatz des classischen Pandectenrechtes: Praetor jus facere non potest. Alle diese Gründe stehen nun auch denen entgegen, welche wenigstens die civilen Delictklagen, wie die actio furti nec manifesti, actio legis aquiliae, de tigno juncto in die Reihe der strengen

[37]) v. Savigny a. a. O. Bd. V. S. 470., 549., 591. folg. hat dieß sehr richtig aus Gaius inst. IV. §. 37. dargethan.

Klagen aufnehmen wollen, wie dieß in neuerer Zeit von Gans[38]), Heffter[39]), Böcking[40]) und Wächter[41]) rücksichtlich aller ohne Unterschied, für die actio legis aquiliae wenigstens auch von Zimmern[42]) ausdrücklich geschehen ist. Fragt man nach den Einzelgründen, welche diese Ansicht veranlaßt haben, so hat namentlich Wächter dafür den Umstand geltend gemacht, daß dabei alle Merkmale der strengen Klagen zuträfen, die intentio juris civilis auf oportere uud die streng einseitige Leistung. Allein das erste Merkmal entscheidet nichts in der Sache, weil es ja sonst eine ganze Reihe von actiones in jus conceptae giebt, die erweislich niemals zum Kreise der strengen Klagen gehört haben, z. B. alle freien Klagen mit der intentio quicquid paret dare facere oportere ex fide bona; sodann die in rem actiones mit der intentio si paret rem A. A. ex jure Quiritium esse u. s. w. Das Zweite kann aber deßhalb nicht in Betracht kommen, weil auch alle Prätorischen Verpflichtungsgründe, z. B. Constitut und alle Prätorischen Delictklagen, einseitig sind. Von diesen hat aber noch Niemand behauptet, daß sie zu den strengen Obligationen zu rechnen seyen. Ueberhaupt ist es bei der Zerstückelung, in welcher das römische Quellenmaterial uns überkommen ist, wenig rathsam, beides als die einzigen Merkmale der strengen Klagen hervorzuheben; vielmehr läßt sich nach der ganzen Sachlage höchstens nur so viel behaupten, daß diese Merkmale bei den unbestreitbar strengen Obligationen zutreffen, was indeß in vielen Fällen sehr zufällig seyn kann. — Daß endlich auch die actio legis aquiliae eine condictio gewesen sey, folgt wenigstens nicht für die Fälle der actio damni injuria, welche noch im Justinianischen Rechte stehen geblieben sind, aus L. 9. §. 1. D. de rebus creditis,

[38]) A. a. O. S. 26.

[39]) Civilprozeßrecht (2. Ausg.) S. 133.

[40]) Institutionen I. S. 577.

[41]) A. a. O. Heft 2. S. 89.

[42]) Der römische Civilprozeß §. 61. S. 179.

wenn man die Stelle einfach vom Standpunkt der classischen Juristen aus interpretirt. Allein davon kann erst weiter unten das Genauere beigebracht werden.

3) Mit der hier verworfenen Ansicht, als ob das in den Institutionen angegebene Verzeichniß der freien Klagen die Bedeutung habe, daß Klagen, welche darin nicht ausdrücklich aufgeführt worden sind, zu den strengen gehören, hängt nun auch die Ansicht Einiger zusammen, daß die actio praescriptis verbis außer in den zwei von Justinian speciell angegebenen Fällen — nehmlich wenn sie aus dem Tausch und dem contractus aestimatorius zusteht, welche zweifelsohne bonae fidei sind, strenger Natur sind. In dieser Beziehung stellt bereits die Glosse[43]) die Ansicht aus, daß die actio praescriptis verbis aus dem Innominatcontract do ut facias und facio ut facias regelmäßig streng sey; und in der Jüngstzeit hat namentlich Puchta die freie Natur der actio praescriptis verbis nur für den contractus aestimatorius und die permutatio anerkannt, für alle andern Fälle in Abrede gestellt.[44]) Indessen hat es auch nicht an Vertheidigern der Ansicht gefehlt, daß Justinian dort nur beispielsweise die beiden bekanntesten Beispiele der praescriptis verbis actio namhaft gemacht habe, also Alles, was von diesen Fällen speciell bezeugt wird, auch auf die übrigen Fälle der praescriptis verbis actio zu übertragen sey.[45]) Ich halte die Ansicht der Glosse und Puchta's schon um deßwillen für verwerflich, weil die actio praescriptis verbis im Prätorischen System der strengen Klagen nicht vorkommt. Sodann spricht dagegen auch der Umstand, daß bei der Dation nicht fungibler Sachen nach römischen An-

---

[43]) ad §. 28. J. de actionibus vb. ex permutatione.

[44]) Cursus der Institutionen II. §. 165. S. 121. Verworfen ist diese Ansicht bereits von Boehmer doctrina de actionibus I. 3. §. 41., 43. p. 53. seq.

[45]) Neuerdings von Savigny a. a. O. Bd. V. S. 485. Wächter a. a. O. Heft 2. S. 82.

sichten von den Partheien nicht strenge, sondern nur freie Obligationen beabsichtigt werden können. Ebenso kann auch, wenn bei der datio fungibler Sachen die Absicht der Partheien über den zum Eigenthum hingegebenen Gegenstand hinausreicht, aus dem Datum lediglich eine freie, keine strenge Obligation entstehen. Hiernach können alle Innominatcontracte auf do ut facias nur freier Natur seyn, und daß gerade diese über das Gebiet des contractus aestimatorius und des Tauschvertrags hinausliegen, bedarf wohl keines weitern Erweises. Ferner ist auf dem Gebiete des Precariums, also in einem Falle, welcher doch über die von Justinian namhaft gemachten zwei Fälle hinausreicht, die Competenz der praescriptis verbis actio zum Zwecke der Rückforderung ausdrücklich von den classischen Juristen anerkannt und zwar von Ulpian[46]) mit den Worten, die über die freie Natur der Klage keinen Zweifel zulassen können. Einige weitere Argumente können bei von Savigny selbst nachgelesen werden. Was Wächter zur Entscheidung der Frage aus den römischen Rechtsquellen angeführt hat, verstehe ich nicht. Ueberhaupt wäre

[46]) L. 2. §. 1. D. 43. 26. (de precario) itaque cum quid pecario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur. (Ulpianus lib. 71. ad Edictum). Hier ist es am einfachsten, eine Anspielung des Schriftstellers auf die Fassung der Formeln vorauszusetzen. Puchta meint, daß nur der Ursprung der Klage aus den Grundsätzen der bona fides angedeutet sey, ohne deßhalb der Klage die Eigenschaft einer freien beizulegen. Aber was hätte dieß in aller Welt für einen Sinn neben dem Interdicte, wenn man nicht annimmt, daß die Klage auch nach diesen Grundsätzen materiell beurtheilt worden sey? Bekanntlich argumentiren die classischen Juristen nimmer aus der bona fides auf die Klagformel, sondern vielmehr umgekehrt: d. h. sie bringen bei den freien Contracten die Grundsätze von der bona fides in Anwendung, weil die Worte ex fide bona in der Formula vorkommen. Zur Bestärkung des Gesagten vergl. L. un. §. 2. C. de rei ux. (§. 12.) sed etsi non ignoramus ex stipulatu actionem stricto jure esse vallatam et non ex bona fide descendere (Justinian).

wohl die hier verworfene Ansicht von der bald strengen, bald freien Natur der praescriptis verbis actio niemals entstanden, wenn man sich einfach daran erinnert hätte, daß das classische Pandectenrecht nicht verschiedene actiones praescriptis verbis, sondern überall nur Eine anerkennt, wenn auch die Gründe sehr mannichfaltig seyn können, aus denen sie zuständig ist.

Einige lassen auch das Nexum ganz allgemein als Entstehungsgrund der strengen Klagen fungiren [47]), und das beruht lediglich auf einer Ausdehnung des Condictionsfalls, der in der actio ex testamento aus dem legatum per damnationem und sinendi modo zu Tage kommt und in dem testamentarischen Auftrage des jus civile — also in einer nuncupatio per aes et libram seinen eigentlichen Grund hat. Allein zu geschweigen, daß dergleichen Legate nicht wesentlich auf der Form des Nexum beruhen, weil sie ja auch bei andern Testamenten des alten Rechtes, z. B. bei dem testamentum in procinctu, vorkommen konnten, und also in ihrem wesentlichen Grunde vielmehr auf die Vorschrift des Zwölftafelgesetzes uti legassit zurückgeführt werden müssen, so ergiebt sich die Unzulässigkeit dieser Combination auch aus den Resultaten der neuesten Forschung über das Nexum, aus welchen hervorgeht, daß es ein allgemeiner Verpflichtungsgrund ist, aus dem eben so gut freie als strenge Obligationen entstehen können; je nach Verschiedenheit des Geschäftes, worauf es angewendet, womit es verbunden wird. So wirkt das Nexum bei dem Darlehn und in Verbindung mit Testamenten unzweifelhaft strenge Obligationen. Tritt es aber zum Kaufe hinzu oder geschieht die fiducia und dotis datio durch Mancipation, welche immer ein Nexum enthält, so wirkt es freie Obligationen. Bei dem ersteren rückwärts durch Entstehung der auctoritatis actio auf das Duplum; [48]) in den späterhin namhaft gemachten Fällen vorwärts nach der ursprünglichen Absicht der Parteien.

---

[47]) Von diesem Irrthum hat sich von Savigny a. a. O. Bd. S. 562 folg. ganz frei gehalten.

[48]) Entscheidend sind hier Cicero pro Mur. 2. Pauli sent. recept. II. 17.

5) Für das vorjustinianische Recht hat von Savigny[48]) neuerdings einen eignen Conditionsfall bei der fiducia[49]) annehmen wollen, nehmlich auf eine vermöge dieses Contractes zum Eigenthum hingegebene Sache, wenn die Vorbedingung des ganzen Geschäftes, z. B. die Auszahlung des Darlehns, von der andern Seite nicht erfolgte. So richtig diese Bemerkung an sich ist und namentlich durch die Analogie von der dotis datio unterstützt wird, welche an und für sich nur eine freie Obligation auf Rückgabe des Heirathsgutes nach getrennter Ehe erzeugt, allein gleichwohl auch eine condictio sine causa zuläßt, wenn die dotis datio unter Brautleuten erfolgt ist, zwischen denen späterhin die Ehe nicht zu Stande kommt[51]), so zeigt doch gerade diese Analogie, daß dieß kein neuer selbstständiger Condictionsgrund ist, sondern nur die Anwendung des ob causam datum auf einen Fall enthält, der freilich im Justinianischen Rechte verschwunden ist. Nun beruht aber die condictio sine causa in ihrer letzten Grundlage nach der Lehre der classischen Juristen nicht auf der speciell bei der datio ausgedrückten Absicht der Parteien, welche die eigentliche Grundlage der fiducia ausmacht, sondern vielmehr auf einem stillschweigenden Vorbehalt, der in der Natur des Geschäftes selbst zu Tage liegt und auch bei der condictio indebiti, sine causa u. s. w. in Betracht kommt. Hiernach kann man nicht eigentlich von einer condictio sprechen, welche aus der abgeschlossenen fiducia

---

§. 1—3. Vergl. Huschke das Recht des Nexum und das altrömische Schuldrecht S. 40. f., S. 171 folg.

[49]) Die Fiducia wirkt eine freie Obligation nach CIC. de off. III. 17. Gaius inst. IV. §. 62 bei Paulus (sent. II. 13. §. 7.) kommt sogar eine actio fiducia certae rei vor. Siehe da die Interpreten.

[50]) A. a. O. Bd. V. S. 517. Dagegen Wächter a. a. O. Heft 2. S. 80 folg., doch bestreitet er die Sache nicht mit den rechten Gründen.

[51]) L. 74. D. 23. 3. (de iure dotium) L. 17. §. 1. D. 24. 3. (de rebus auct. iud.) L. 5. pr. §. 1. D. 12. 7. (de cond. sine causa). Damit hängt auch der Rechtssatz zusammen, daß die Früchte der Zwischen-

entsteht, sondern lediglich bei Gelegenheit derselben zu Tage kommen kann. In dieser Darstellung der Sache liegt aber gar nichts, was mit dem übrigen Inhalt des prätorischen Systems der strengen Klagen im Widerspruch stände.

6) In der Jüngstzeit hat Burchardi[52]) behauptet, daß auch die actio rerum amotarum zu den strengen Klagen zu zählen ist. Ich halte diese Behauptung für entschieden verwerflich, weil die Klage im prätorischen System der strengen Klagen nicht vorkommt,[53]) erweislich prätorischen Ursprungs ist und zur Zeit der classischen Juristen wahrscheinlich in factum concipirt ward, was bei keiner von den strengen Klagen zutrifft. Den Beweis für die zwei letzten Behauptungen liefern folgende Stellen, zu deren Interpretation immer festgehalten werden muß, daß die classischen Juristen zur Bestimmung der Dauer für prätorische Klagen die Regel festhalten: solche Klagen, welche rein persecutorisch sind, stehen auch über die Dauer eines Jahres hinaus zu; wo nicht, so unterliegen sie der Verjährung eines Jahres[54]).

---

zeit nicht dem Empfänger des Heirathsgutes als reiner Gewinn zufallen, sondern vielmehr die Substanz des Heirathsgutes vermehren.

[53]) Paulus trägt die strengen Klagen im 28. Buche seines Edictcommentars vor: die actio rerum amotarum aber erst im 37. nach der Lehre von dem Heirathsgute. Vergl. L. 21. D. 25. 2. (de actione rerum amot.) — Ulpian hat die strengen Klagen im 28. und 29. Buche seines Edictwerkes, die rerum amotarum actio im 34. (gleichfalls in Verbindung mit dem Eherechte) vorgetragen. L. 15. u. 19. D. ibid. — Julian, der in seinen Digest. die Edictordnung befolgt, hat das Condictionensystem im 10., die vorliegende Klage wiederum in Verbindung mit dem Eherechte im 19. abgehandelt. L. 22. D. ibid.

[52]) Lehrbuch des römischen Rechts 2. Theil, 1. Abth. §. 63. S. 126, Note 21.

[54]) Gaius inst. IV. §. 110., 111. L. 3. §. 4. D. 4. 9. (nautae caupones). Am deutlichsten L. 35. pr. D. 44. 7. (de oblig. et act.). In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut, quae rei persecutionem habent, hae etiam post annum darentur, caeterae intra annum. (Paulus lib. I. ad Edictum).

PAULUS lib. 37. ad edictum [55]).

Haec actio (sc. rerum amotarum) licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet, et ideo non anno finitur, sicut et condictio furtiva.

(Man sieht, Paulus macht hier nur eine Anwendung der allgemeinen Regel, welche er im Anfang seines Edictwerkes aufgestellt hatte, auf die rerum amotarum actio. Er erklärt sie für persecutorisch und leugnet deßhalb (ideo), daß sie lediglich auf die Frist eines Jahres beschränkt sey. Was hätte nun die Erwähnung der jährigen Frist für Sinn, für Bedeutung, wenn er die rerum amotarum actio nicht für eine prätorische Klage gehalten hätte?)

Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMINIANUS aa. et cc SERENO [56]).

Divortii causa rebus uxoris a marito amotis vel ab uxore mariti, rerum amotarum edicto perpetuo permittitur actio. Constante enim matrimonio neutri eorum neque poenalis neque famosa actio competit, sed de damno in factum datur actio.

Der erste Theil der Stelle enthält eine einfache Hinweisung auf den Prätorischen Ursprung der Klage und daß sie nicht ihrer Dauer nach lediglich auf Jahresfrist beschränkt ist. Der letzte Theil scheint, wenn ich ihn recht verstehe, die Klage für eine in factum actio zu erklären, die lediglich auf Schadensersatz geht (also persecutorische Eigenschaft hat); dann freilich würde nothwendiger Weise die Bedeutung der ersten Worte im Satzgliede constante matrimonio lediglich auf den Vordersatz zu beschränken seyn, weil nach dem classischen Pandectenrecht die actio rerum amotarum erst nach erfolgter Scheidung angestellt werden kann. Vergl. L. 17. pr. L. 25. D. 25. 2. de rerum amot.

---

[55]) C. 21. §. 5. D. de rerum amot.

[56]) L. 2. C. 5. 21. (rerum amot.)

Nach diesen Erörterungen stellt sich von selbst die wichtige Interpretation folgenden Pandectenfragmentes heraus, welches allein Burchardi veranlaßt hat, die rerum amotarum actio für eine condictio zu erklären.

Gaius lib. 4. ad edictum provinciale [57]).

Rerum amotarum actio condictio est.

Möglich, daß die Stelle nicht in ihrer ursprünglichen Fassung auf uns gekommen ist. Daß die fragliche Klage eine condictio sey, kann schon deßhalb nicht der ursprüngliche Sinn des Fragmentes seyn, weil nach einem bestimmten Sprachgebrauche der Pandectenjuristen überhaupt und des Gaius [58]) insbesondere nur in ius concipirte Klagen condictiones genannt werden; und Prätorische und in factum actiones nirgends mit dem Namen bezeichnet, geschweige denn in das Prätorische Condictionensystem eingetragen worden sind, was für die vorliegende Klage bereits die obigen Untersuchungen bestätigen. Indeß verschwindet auch dieser Schein, wenn man einfach es unterläßt, das Wort actio für das Subject und den Beisatz condictio als Prädicat zu behandeln, vielmehr nach einem bekannten Gräcismus [59]) die beiden neben einander stehenden Substantive actio condictio als Einen Begriff zusammennimmt und beide zusammen als das Subject des Satzes betrachtet. Dann hat das Wort condictio nur die Bestimmung, das Wort actio zu erklären und genauer zu bestimmen; und es ergiebt sich ganz einfach der Sinn, daß res amotae auch condicirt werden können. So interpretirt, steht die Stelle mit den Resultaten andrer Stellen im vorliegenden Pandectencitat vollständig im Einklange [60]); so interpretirt, bezeichnet der Ausdruck actio condictio gerade den nehmlichen Begriff, von welchem es

---

[57]) L. 26. D. de rerum amot.

[58]) inst. IV. §. 18.

[59]) Stallbaum ad Plat.

[60]) L. 17. §. 2. L. 25. D. ibid.

in den Constitutionen der Kaiserzeit heißt actio condictionis [61]), oder in den Fragmenten der classischen Juristen condictilia actio [62]), u. s. w. Daß endlich mit dieser Erklärungsweise der geringe Anhalt für die Condictionsnatur der rerum amotarum actio wegfällt, braucht hier nur angedeutet zu werden. Vom Standpunkt des Justinianischen Rechtes aus hatte man freilich kein besonderes Interesse, die classische Bedeutung des Condictionsbegriffs festzuhalten, weil nach Aufhebung der formulae der Unterschied der Condictionen und in factum actiones eine reine formelle Natur angenommen hatte. In diesem Sinne ist auch L. 25. pr. D. 44. 7. (de oblig. et act.) von Ulpian gehalten, welches in den Anfangsworten anzudeuten scheint, daß alle in personam actiones damals Condictionen genannt worden seyen, und von den byzantinischen Juristen auch in dieser Richtung interpretirt worden ist, allein, wenn man die spätere Erklärung der in personam actio genauer ansieht, recht eigentlich nur von solchen Klagen verstanden werden kann, deren Inhalt (intentio) auf eine obligatio dandi faciendi gerichtet ist. [63]) Hiernach kann es nicht mehr Wunder nehmen, wenn auch die byzantinischen Juristen die rerum amotarum actio nach dem Inhalt unserer Stelle für

---

[61]) L. 1. C. 4. 5. (de cond. ind.) von Antoninus. L. 2. C. 4. 6. (de cond. ob causam) von Alexander Severus.

[62]) L. 7. pr. D. 12. 4. (de cond. causa data) von Julian, dem Lehrer des Gaius. L. 24. D. 12. 1. (de rebus cred.) von Ulpian.

[63]) Actionum genera sunt duo: in rem quae dicitur vindicatio et in personam, quae condictio appellatur. — In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum, et semper adversus eundem locum habet. (Ulpianus libro sing. regularum.). Wahrscheinlich ist vorher Mehreres abgeschnitten worden, was den ursprünglichen Zusammenhang erkennbar machte. Möglich, daß der Jurist von den in ius conceptae actiones im Allgemeinen gesprochen hat, unter Ausscheidung der freien Klagen, und, nachdem er diesen letzten Begriff genauer bestimmt, so fortgefahren ist: caeterarum actionum, quae formulam in ius conceptam habent, genera sunt duo.

Darlehn[29]), bei dem legatum per damnationem[30]), also bei lauter Obligationsgründen, welche ein certum petere zu erzeugen vermögen und zweifelsohne dem Condictionenkreise angehören. Damit ist nun zugleich indirect die Identität des Condictionensystems und des Kreises der strengen Klagen auf das Klarste erwiesen.

2) Erläutert sich hierdurch die Verbindung des Creditums mit den Condictionsgründen im Prätorischen Condictionensystem. Dasselbe wird von den Edictcommentatoren, am schärfsten von Paulus herausgehoben, welcher mit dem 28. Buch seines Edictcommentars das Creditum beginnt und das Condictionensystem mit der actio de eo, quod certo loco schließt: dagegen Constitut und das Weitere dem 29. Buch überwiesen hat. Hieraus ergiebt sich, daß das Verzeichniß der einzelnen Condictionsgründe, so wie wir es im 12. und 13. Buche der Justinianischen Pandecten vorfinden, das Condictionssystem des Prätorischen Edictes ist und zugleich die weitere Bestimmung hat, das Gebiet der strengen Klagen in seinem ganzen Umfange zu erschöpfen und nach der Seite der einzelnen Condictionsgründe, aus welchen dergleichen entstehen können, in seiner ganzen Vollständigkeit darzustellen. Diesem System der strengen Klagen schließt sich denn im Prätorischen Edict ganz natürlich die actio arbitraria de eo, quod certo loco dari oportet, als Anhang an, weil sie nur bei strengen Klagen auf si paret dare oportere eintreten kann, wenn denselben ein bestimmter Zahlungsort hinzugefügt worden ist. Durch diese Einsicht des inneren Zusammenhanges zwischen dem Condictionensystem des Edicts und dem prätorischen System der strengen Klagen erhalten wir nun ein wichtiges Argument zur Abweisung aller Vermuthungen der neueren Juristen, welche die Zahl der strengen Klagen mit solchen zu vermehren geneigt sind,

---

[29]) L. 6. D. ibid.

[30]) L. 5. D. 13. 4. si haeres a testatore iussus sit certo loco quid dare, arbitraria actio competit. (Paulus lib. 28. ad Edictum).

die der Prätor nicht in sein Condictionssystem aufgenommen hatte.

Wenn wir nach diesen Erörterungen auf die Dogmengeschichte der Frage, welche Klagen in die Kategorie der strengen eingerechnet worden sind, übergehen, so wird es bei der großen Meinungsverschiedenheit der Neueren, welche auf diesem Gebiete sichtbar wird, gut seyn die Einzelansichten der neueren Rechtslehrer auf gewisse allgemeinere Gesichtspunkte zurückzuführen und dann erst eine Sachkritik der Meinungen anzuschließen. Zunächst giebt es Gelehrte, welche die strenge Natur der Condictionen überall in Abrede stellen und sie geradewegs den strengen Klagen zuzählen. Dahin gehört Just Henning Böhmer[31]) und Glück[32]). Besondere Gründe für die Ansicht werden nicht angeführt; daß sie bereits in den obigen Zeugnissen ihre volle Widerlegung findet, braucht hier nur erwähnt zu werden. Unter den übrigen Rechtslehrern, welche die Condictionen zum Gebiete der strengen Klagen ziehen, herrscht aber wieder insofern eine große Meinungsverschiedenheit, indem Einige die Zahl der strengen Obligationen vermehren, andere dieselbe vermindern. Beide Classen sollen jetzt im Einzelnen auseinander gehalten werden.

Anlangend die erste Classe, d. h. die Mehrer der strengen Klagen, so verdienen hauptsächlich folgende Einzelpunkte eine nähere Erwägung.

1) Einige haben das sogenannte depositum miserabile, was das Prätorische Edict im Abläugnungsfall mit der poena dupli belegt hat, zu den strengen Klagen ziehen wollen. Diese Ansicht wird bereits in der Glosse referirt[33]), allein auch dort bereits nach dem Vorgang des Joannes ausdrücklich verworfen, weil die depositi actio zu den freien Klagen gezählt wird und, wo das Gesetz nicht unterscheidet, auch die Interpreten desselben nicht

---

[31]) de actionibus sect. I. cap. 3. §. 38. p. 50.

[32]) Erläuterung der Pandekten Th. 13. S. 8. flg.

[33]) Glossa ad §. 28. J. de actionibus Vb. depositi.

berechtigt seyen, eine Unterscheidung zu versuchen. Treffender würden folgende Gründe seyn, daß der Fall nicht im Prätorischen Condictionensystem hervorgehoben wird, hier auch eine dupli condemnatio und Infamie für den Verurtheilten vorkommen kann, für die im Gebiete der strengen Klagen überall kein Raum ist. Ueberhaupt liegt auch gar kein Grund vor, daß durch das depositum miserabile die Natur des zufällig zweiseitigen Contractes verändert wird. Allein das, oder etwas Aehnliches müßte man von dem jenseitigen Standpunkte aus annehmen, weil der Unterschied der strengen und freien Klagen nicht lediglich in der Prozeßdoctrin wurzelt, sondern vielmehr in der Einseitigkeit oder möglichen Zweiseitigkeit des Obligationsverhältnisses, was ihnen zu Grunde liegt.

2) Andere haben die Ansicht aufgestellt, daß alle Klagen, welche nicht im Verzeichnisse der freien Klagen vorkommen, welches Justinians Institutionen enthalten, zu den strengen Klagen gezählt werden möchten. Diese Meinung findet sich bereits in der Glosse[34]), welche zu diesem Zwecke das genannte Verzeichniß in drei Memorialverse gebracht hat. Späterhin ist sie als Rückwirkung der Glosse von Bachovius van Echt vertheidigt worden in seinem tractatus de actionibus, wo er die funeraria und die actio de pecunia constituta zu den strengen Klagen zählen will, obschon dieß schon ihres prätorischen Ursprungs halber völlig unzuläßig ist. In jüngster Zeit ist sie wiederum von Stever aufgenommen worden, welcher die Realklagen mit Ausnahme der hereditatis petitio, die damni infecti actio und die actio aquae pluviae arcendae, alle Interdicte, Pönalklagen, extraordinariae persecutiones, namentlich die fideicommissi per-

---

[34]) Gloss. ad l. c. bonae fidei sunt hae XVII. actiones, quae numerantur in hoc §. et seq. bonae fidei sunt. Aliae autem omnes sunt stricti iuris, nam quamcunque hic non inveniam, stricti iuris eam iudicabo.

seculio in den Kreis der strengen Klagen hereinzieht.[35]) Diese Ansicht beruht auf zwei Grundirthümern, welche hier nur mit zwei Worten ausgedrückt werden sollen. Einmal auf der Annahme, daß die Eintheilung der Klagen in strenge und freie alle Rechtsmittel umfassen soll, mit denen ich selbstständig und angriffsweise einen Anspruch gegen einen Andern verfolgen kann; indem sie dem römischen Kunstausdruck actio, welcher zur Zeit der classischen Juristen die Interdicte und extraordinariae persecutiones (also auch nicht die Fideicommißklage, die nie per formulae conceptionem abgesetzt ward) niemals eingeschlossen hat, einen durchaus falschen Begriff leiht. Sodann auf der Vermuthung, daß das in der Institutionenstelle gegebene Verzeichniß andeuten solle, Klagen, die darin nicht zu den freien gerechnet werden, gehörten zu den strengen. Allein diese Ansicht haben die Verfasser der Institutionen nirgends ausgesprochen; auch der alte Institutionenerklärer nirgends angedeutet; vielmehr setzen beide das Gebiet der strengen Klagen als anderswoher bekannt voraus. Vergleicht man nun vollends die Quelle [36]), aus welcher die Justinianischen Institutionen ihr Verzeichniß der freien Klagen einfach abgeschrieben haben, natürlich mit den Modificationen, welche die Veränderung des Rechtes und das Veralten einiger Institute veranlaßt hat, so wird es unmöglich zu glauben, der Schriftsteller habe damit andeuten wollen, daß die Klagen, welche darin nicht genannt sind, zu den strengen gerechnet werden. Vielmehr giebt er das Verzeichniß der Compensationslehre, welche die Fälle aufzählt, in denen der Kläger nicht immer das Solidum erhalten kann und zwar bei Gelegenheit der tacita compensatio, welche die bonae fidei judicia ihrer natürlichen Grundlage nach in sich schließen, woran denn späterhin das agere cum compensatione angeschlossen wird. In diesem Zu-

[35]) de summario Rom. judicio p. 19., 26., 29. Not. 2. p. 41—46.

[36]) Gaius inst. IV. §. 61.

sammenhange nun kam es dem Schriftsteller lediglich darauf an, die Fälle anzugeben, in welchen jene tacita compensatio stattfindet; keineswegs lag es aber in seiner Absicht, durch die also motivirte Aufzählung der freien Klagen das Gebiet der strengen genau zu begränzen. Stellt sich sonach die exegetische Grundlage dieser Ansicht als völlig unhaltbar heraus, so möchte es doch auch der Mühe lohnen, die Einzelthatsachen genauer aufzuzählen, welche deren positiver Geltung entgegenstehen möchten. Einmal werden alle actiones in rem und Pönalklagen nirgends im Prätorischen System der strengen Klagen erwähnt. Sodann haben namentlich die Letztern, soweit sie civilen Ursprungs sind, z. B. die actio furti nec manifesti, theils in der condemnatio in duplum, theils in der infamia für den Verurtheilten Folgen, die bei sämmtlichen Klagen des strengen Systems nirgends vorkommen: auch überhaupt nicht vorkommen können, weil in den strengen Klagen das Jus und dessen Folgen in der Execution der Klage zusammenfällt, also nichts Gegenstand der Condemnation werden kann, was nicht bereits in dem Jus enthalten ist, was die intentio der formula enthält. Nicht zu gedenken, daß sämmtliche Klagen des Prätorischen Condictionensystems eine in jus concipirte intentio entweder auf si paret dare oportere oder auf quicquid paret dare facere oportere haben, während die intentio der actio furti entschieden anders gefaßt ward, nehmlich auf damnum decidere oportere.[37]) Gerade dieß letzte Merkmal geht auch allen Prätorischen Pönalklagen aus delicta vel quasi vollständig ab, z. B. der actio injuriarum, der Klage gegen den, qui litem suam facit u. s. w. Daher sie sämmtlich keine in Jus, sondern in factum concipirte intentio haben nach dem Grundsatz des classischen Pandectenrechtes: Praetor jus facere non potest. Alle diese Gründe stehen nun auch denen entgegen, welche wenigstens die civilen Delictklagen, wie die actio furti nec manifesti, actio legis aquiliae, de tigno juncto in die Reihe der strengen

---

[37]) v. Savigny a. a. O. Bd. V. S. 470., 549., 591. folg. hat dieß sehr richtig aus Gaius inst. IV. §. 37. dargethan.

Klagen aufnehmen wollen, wie dieß in neuerer Zeit von Gans[38]), Heffter[39]), Böcking[40]) und Wächter[41]) rücksichtlich aller ohne Unterschied, für die actio legis aquiliae wenigstens auch von Zimmern[42]) ausdrücklich geschehen ist. Fragt man nach den Einzelgründen, welche diese Ansicht veranlaßt haben, so hat namentlich Wächter dafür den Umstand geltend gemacht, daß dabei alle Merkmale der strengen Klagen zuträfen, die intentio juris civilis auf oportere und die streng einseitige Leistung. Allein das erste Merkmal entscheidet nichts in der Sache, weil es ja sonst eine ganze Reihe von actiones in jus conceptae giebt, die erweislich niemals zum Kreise der strengen Klagen gehört haben, z. B. alle freien Klagen mit der intentio quicquid paret dare facere oportere ex fide bona; sodann die in rem actiones mit der intentio si paret rem A. A. ex jure Quiritium esse u. s. w. Das Zweite kann aber deßhalb nicht in Betracht kommen, weil auch alle Prätorischen Verpflichtungsgründe, z. B. Constitut und alle Prätorischen Delictklagen, einseitig sind. Von diesen hat aber noch Niemand behauptet, daß sie zu den strengen Obligationen zu rechnen seyen. Ueberhaupt ist es bei der Zerstückelung, in welcher das römische Quellenmaterial uns überkommen ist, wenig rathsam, beides als die einzigen Merkmale der strengen Klagen hervorzuheben; vielmehr läßt sich nach der ganzen Sachlage höchstens nur so viel behaupten, daß diese Merkmale bei den unbestreitbar strengen Obligationen zutreffen, was indeß in vielen Fällen sehr zufällig seyn kann. — Daß endlich auch die actio legis aquiliae eine condictio gewesen sey, folgt wenigstens nicht für die Fälle der actio damni injuria, welche noch im Justinianischen Rechte stehen geblieben sind, aus L. 9. §. 1. D. de rebus creditis,

---

[38]) A. a. O. S. 26.

[39]) Civilprozeßrecht (2. Ausg.) S. 133.

[40]) Institutionen I. S. 577.

[41]) A. a. O. Heft 2. S. 89.

[42]) Der römische Civilprozeß §. 61. S. 179.

wenn man die Stelle einfach vom Standpunkt der classischen Juristen aus interpretirt. Allein davon kann erst weiter unten das Genauere beigebracht werden.

3) Mit der hier verworfenen Ansicht, als ob das in den Institutionen angegebene Verzeichniß der freien Klagen die Bedeutung habe, daß Klagen, welche darin nicht ausdrücklich aufgeführt worden sind, zu den strengen gehören, hängt nun auch die Ansicht Einiger zusammen, daß die actio praescriptis verbis außer in den zwei von Justinian speciell angegebenen Fällen — nehmlich wenn sie aus dem Tausch und dem contractus aestimatorius zusteht, welche zweifelsohne bonae fidei sind, strenger Natur sind. In dieser Beziehung stellt bereits die Glosse [43]) die Ansicht aus, daß die actio praescriptis verbis aus dem Innominatcontract do ut facias und facio ut facias regelmäßig streng sey; und in der Jüngstzeit hat namentlich Puchta die freie Natur der actio praescriptis verbis nur für den contractus aestimatorius und die permutatio anerkannt, für alle andern Fälle in Abrede gestellt. [44]) Indessen hat es auch nicht an Vertheidigern der Ansicht gefehlt, daß Justinian dort nur beispielsweise die beiden bekanntesten Beispiele der praescriptis verbis actio namhaft gemacht habe, also Alles, was von diesen Fällen speciell bezeugt wird, auch auf die übrigen Fälle der praescriptis verbis actio zu übertragen sey. [45]) Ich halte die Ansicht der Glosse und Puchta's schon um deßwillen für verwerflich, weil die actio praescriptis verbis im Prätorischen System der strengen Klagen nicht vorkommt. Sodann spricht dagegen auch der Umstand, daß bei der Dation nicht fungibler Sachen nach römischen An-

[43]) ad §. 28. J. de actionibus vb. ex permutatione.

[44]) Cursus der Institutionen II. §. 165. S. 121. Verworfen ist diese Ansicht bereits von Boehmer doctrina de actionibus I. 3. §. 41., 43. p. 53. seq.

[45]) Neuerdings von Savigny a. a. O. Bd. V. S. 485. Wächter a. a. O. Heft 2. S. 82.

sichten von den Partheien nicht strenge, sondern nur freie Obligationen beabsichtigt werden können. Ebenso kann auch, wenn bei der datio fungibler Sachen die Absicht der Partheien über den zum Eigenthum hingegebenen Gegenstand hinausreicht, aus dem Datum lediglich eine freie, keine strenge Obligation entstehen. Hiernach können alle Innominatcontracte auf do ut facias nur freier Natur seyn, und daß gerade diese über das Gebiet des contractus aestimatorius und des Tauschvertrags hinausliegen, bedarf wohl keines weitern Erweises. Ferner ist auf dem Gebiete des Precariums, also in einem Falle, welcher doch über die von Justinian namhaft gemachten zwei Fälle hinausreicht, die Competenz der praescriptis verbis actio zum Zwecke der Rückforderung ausdrücklich von den classischen Juristen anerkannt und zwar von Ulpian[46]) mit den Worten, die über die freie Natur der Klage keinen Zweifel zulassen können. Einige weitere Argumente können bei von Savigny selbst nachgelesen werden. Was Wächter zur Entscheidung der Frage aus den römischen Rechtsquellen angeführt hat, verstehe ich nicht. Ueberhaupt wäre

---

[46]) L. 2. §. 1. D. 43. 26. (de precario) itaque cum quid pecario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur. (Ulpianus lib. 71. ad Edictum). Hier ist es am einfachsten, eine Anspielung des Schriftstellers auf die Fassung der Formeln vorauszusetzen. Puchta meint, daß nur der Ursprung der Klage aus den Grundsätzen der bona fides angedeutet sey, ohne deßhalb der Klage die Eigenschaft einer freien beizulegen. Aber was hätte dieß in aller Welt für einen Sinn neben dem Interdicte, wenn man nicht annimmt, daß die Klage auch nach diesen Grundsätzen materiell beurtheilt worden sey? Bekanntlich argumentiren die classischen Juristen nimmer aus der bona fides auf die Klagformel, sondern vielmehr umgekehrt: d. h. sie bringen bei den freien Contracten die Grundsätze von der bona fides in Anwendung, weil die Worte ex fide bona in der Formula vorkommen. Zur Bestärkung des Gesagten vergl. L. un. §. 2. C. de rei ux. (§. 12.) sed etsi non ignoramus ex stipulatu actionem stricto jure esse vallatam et non ex bona fide descendere (Justinian).

wohl die hier verworfene Ansicht von der bald strengen, bald freien Natur der praescriptis verbis actio niemals entstanden, wenn man sich einfach daran erinnert hätte, daß das classische Pandectenrecht nicht verschiedene actiones praescriptis verbis, sondern überall nur Eine anerkennt, wenn auch die Gründe sehr mannichfaltig seyn können, aus denen sie zuständig ist.

Einige lassen auch das Nexum ganz allgemein als Entstehungsgrund der strengen Klagen fungiren[47]), und das beruht lediglich auf einer Ausdehnung des Condictionsfalls, der in der actio ex testamento aus dem legatum per damnationem und sinendi modo zu Tage kommt und in dem testamentarischen Auftrage des jus civile — also in einer nuncupatio per aes et libram seinen eigentlichen Grund hat. Allein zu geschweigen, daß dergleichen Legate nicht wesentlich auf der Form des Nexum beruhen, weil sie ja auch bei andern Testamenten des alten Rechtes, z. B. bei dem testamentum in procinctu, vorkommen konnten, und also in ihrem wesentlichen Grunde vielmehr auf die Vorschrift des Zwölftafelgesetzes uti legassit zurückgeführt werden müssen, so ergiebt sich die Unzulässigkeit dieser Combination auch aus den Resultaten der neuesten Forschung über das Nexum, aus welchen herorgeht, daß es ein allgemeiner Verpflichtungsgrund ist, aus dem eben so gut freie als strenge Obligationen entstehen können; je nach Verschiedenheit des Geschäftes, worauf es angewendet, womit es verbunden wird. So wirkt das Nexum bei dem Darlehn und in Verbindung mit Testamenten unzweifelhaft strenge Obligationen. Tritt es aber zum Kaufe hinzu oder geschieht die fiducia und dotis datio durch Mancipation, welche immer ein Nexum enthält, so wirkt es freie Obligationen. Bei dem ersteren rückwärts durch Entstehung der auctoritatis actio auf das Duplum;[48]) in den späterhin namhaft gemachten Fällen vorwärts nach der ursprünglichen Absicht der Parteien.

---

[47]) Von diesem Irrthum hat sich von Savigny a. a. O. Bd. S. 562 folg. ganz frei gehalten.

[48]) Entscheidend sind hier Cicero pro Mur. 2. Pauli sent. recept. II. 17.

5) Für das vorjustinianische Recht hat von Savigny[49]) neuerdings einen eignen Condictionsfall bei der fiducia[50]) annehmen wollen, nehmlich auf eine vermöge dieses Contractes zum Eigenthum hingegebene Sache, wenn die Vorbedingung des ganzen Geschäftes, z. B. die Auszahlung des Darlehns, von der andern Seite nicht erfolgte. So richtig diese Bemerkung an sich ist und namentlich durch die Analogie von der dotis datio unterstützt wird, welche an und für sich nur eine freie Obligation auf Rückgabe des Heirathsgutes nach getrennter Ehe erzeugt, allein gleichwohl auch eine condictio sine causa zuläßt, wenn die dotis datio unter Brautleuten erfolgt ist, zwischen denen späterhin die Ehe nicht zu Stande kommt[51]), so zeigt doch gerade diese Analogie, daß dieß kein neuer selbstständiger Condictionsgrund ist, sondern nur die Anwendung des ob causam datum auf einen Fall enthält, der freilich im Justinianischen Rechte verschwunden ist. Nun beruht aber die condictio sine causa in ihrer letzten Grundlage nach der Lehre der classischen Juristen nicht auf der speciell bei der datio ausgedrückten Absicht der Parteien, welche die eigentliche Grundlage der fiducia ausmacht, sondern vielmehr auf einem stillschweigenden Vorbehalt, der in der Natur des Geschäftes selbst zu Tage liegt und auch bei der condictio indebiti, sine causa u. s. w. in Betracht kommt. Hiernach kann man nicht eigentlich von einer condictio sprechen, welche aus der abgeschlossenen fiducia

---

§. 1—3. Vergl. Huschke das Recht des Nexum und das altrömische Schuldrecht S. 40. f., S. 171 folg.

[49]) Die Fiducia wirkt eine freie Obligation nach CIC. de off. III. 17. GAIUS inst. IV. §. 62 bei Paulus (sent. II. 13. §. 7.) kommt sogar eine actio fiducia certae rei vor. Siehe da die Interpreten.

[50]) A. a. O. Bd. V. S. 517. Dagegen Wächter a. a. O. Heft 2. S. 80 folg., doch bestreitet er die Sache nicht mit den rechten Gründen.

[51]) L. 74. D. 23. 3. (de iure dotium) L. 17. §. 1. D. 24. 3. (de rebus auct. iud.) L. 5. pr. §. 1. D. 12. 7. (de cond. sine causa). Damit hängt auch der Rechtssatz zusammen, daß die Früchte der Zwischen-

entsteht, sondern lediglich bei Gelegenheit derselben zu Tage kommen kann. In dieser Darstellung der Sache liegt aber gar nichts, was mit dem übrigen Inhalt des prätorischen Systems der strengen Klagen im Widerspruch stände.

6) In der Jüngstzeit hat Burchardi[52]) behauptet, daß auch die actio rerum amotarum zu den strengen Klagen zu zählen ist. Ich halte diese Behauptung für entschieden verwerflich, weil die Klage im prätorischen System der strengen Klagen nicht vorkommt,[53]) erweislich prätorischen Ursprungs ist und zur Zeit der classischen Juristen wahrscheinlich in factum concipirt ward, was bei keiner von den strengen Klagen zutrifft. Den Beweis für die zwei letzten Behauptungen liefern folgende Stellen, zu deren Interpretation immer festgehalten werden muß, daß die classischen Juristen zur Bestimmung der Dauer für prätorische Klagen die Regel festhalten: solche Klagen, welche rein persecutorisch sind, stehen auch über die Dauer eines Jahres hinaus zu; wo nicht, so unterliegen sie der Verjährung eines Jahres[54]).

---

zeit nicht dem Empfänger des Heirathsgutes als reiner Gewinn zufallen, sondern vielmehr die Substanz des Heirathsgutes vermehren.

[53]) Paulus trägt die strengen Klagen im 28. Buche seines Edictcommentars vor: die actio rerum amotarum aber erst im 37. nach der Lehre von dem Heirathsgute. Vergl. L. 21. D. 25. 2. (de actione rerum amot.) — Ulpian hat die strengen Klagen im 28. und 29. Buche seines Edictwerkes, die rerum amotarum actio im 34. (gleichfalls in Verbindung mit dem Eherechte) vorgetragen. L. 15. u. 19. D. ibid. — Julian, der in seinen Digest. die Edictordnung befolgt, hat das Condictionensystem im 10., die vorliegende Klage wiederum in Verbindung mit dem Eherechte im 19. abgehandelt. L. 22. D. ibid.

[52]) Lehrbuch des römischen Rechts 2. Theil, 1. Abth. §. 63. S. 126, Note 21.

[54]) Gaius inst. IV. §. 110., 111. L. 3. §. 4. D. 4. 9. (nautae caupones). Am deutlichsten L. 35. pr. D. 44. 7. (de oblig. et act.). In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut, quae rei persecutionem habent, hae etiam post annum darentur, caeterae intra annum. (Paulus lib. I. ad Edictum).

Paulus lib. 37. ad edictum [55]).

Haec actio (sc. rerum amotarum) licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet, et ideo non anno finitur, sicut et condictio furtiva.

(Man sieht, Paulus macht hier nur eine Anwendung der allgemeinen Regel, welche er im Anfang seines Edictwerkes aufgestellt hatte, auf die rerum amotarum actio. Er erklärt sie für persecutorisch und leugnet deßhalb (ideo), daß sie lediglich auf die Frist eines Jahres beschränkt sey. Was hätte nun die Erwähnung der jährigen Frist für Sinn, für Bedeutung, wenn er die rerum amotarum actio nicht für eine prätorische Klage gehalten hätte?)

Impp. Diocletianus et Maximinianus aa. et cc Sereno [56]).

Divortii causa rebus uxoris a marito amotis vel ab uxore mariti, rerum amotarum edicto perpetuo permittitur actio. Constante enim matrimonio neutri eorum neque poenalis neque famosa actio competit, sed de damno in factum datur actio.

Der erste Theil der Stelle enthält eine einfache Hinweisung auf den Prätorischen Ursprung der Klage und daß sie nicht ihrer Dauer nach lediglich auf Jahresfrist beschränkt ist. Der letzte Theil scheint, wenn ich ihn recht verstehe, die Klage für eine in factum actio zu erklären, die lediglich auf Schadensersatz geht (also persecutorische Eigenschaft hat); dann freilich würde nothwendiger Weise die Bedeutung der ersten Worte im Satzgliede constante matrimonio lediglich auf den Vordersatz zu beschränken seyn, weil nach dem classischen Pandectenrecht die actio rerum amotarum erst nach erfolgter Scheidung angestellt werden kann. Vergl. L. 17. pr. L. 25. D. 25. 2. de rerum amot.

---

[55]) C. 21. §. 5. D. de rerum amot.

[56]) L. 2. C. 5. 21. (rerum amot.)

Nach diesen Erörterungen stellt sich von selbst die wichtige Interpretation folgenden Pandectenfragmentes heraus, welches allein Burchardi veranlaßt hat, die rerum amotarum actio für eine condictio zu erklären.

GAIUS lib. 4. ad edictum provinciale [57]).

Rerum amotarum actio condictio est.

Möglich, daß die Stelle nicht in ihrer ursprünglichen Fassung auf uns gekommen ist. Daß die fragliche Klage eine condictio sey, kann schon deßhalb nicht der ursprüngliche Sinn des Fragmentes seyn, weil nach einem bestimmten Sprachgebrauche der Pandectenjuristen überhaupt und des Gajus [58]) insbesondere nur in ius concipirte Klagen condictiones genannt werden; und Prätorische und in factum actiones nirgends mit dem Namen bezeichnet, geschweige denn in das Prätorische Condictionensystem eingetragen worden sind, was für die vorliegende Klage bereits die obigen Untersuchungen bestätigen. Indeß verschwindet auch dieser Schein, wenn man einfach es unterläßt, das Wort actio für das Subject und den Beisatz condictio als Prädicat zu behandeln, vielmehr nach einem bekannten Gräcismus [59]) die beiden neben einander stehenden Substantive actio condictio als Einen Begriff zusammennimmt und beide zusammen als das Subject des Satzes betrachtet. Dann hat das Wort condictio nur die Bestimmung, das Wort actio zu erklären und genauer zu bestimmen; und es ergiebt sich ganz einfach der Sinn, daß res amotae auch condicirt werden können. So interpretirt, steht die Stelle mit den Resultaten andrer Stellen im vorliegenden Pandectencitat vollständig im Einklange [60]); so interpretirt, bezeichnet der Ausdruck actio condictio gerade den nehmlichen Begriff, von welchem es

---

[57]) L. 26. D. de rerum amot.

[58]) inst. IV. §. 18.

[59]) STALLBAUM ad Plat.

[60]) L. 17. §. 2. L. 25. D. ibid.

in den Constitutionen der Kaiserzeit heißt actio condictionis [61]), oder in den Fragmenten der classischen Juristen condicticia actio [62]), u. s. w. Daß endlich mit dieser Erklärungsweise der geringe Anhalt für die Condictionsnatur der rerum amotarum actio wegfällt, braucht hier nur angedeutet zu werden. Vom Standpunkt des Justinianischen Rechtes aus hatte man freilich kein besonderes Interesse, die classische Bedeutung des Condictionsbegriffs festzuhalten, weil nach Aufhebung der formulae der Unterschied der Condictionen und in factum actiones eine reine formelle Natur angenommen hatte. In diesem Sinne ist auch L. 25. pr. D. 44. 7. (de oblig. et act.) von Ulpian gehalten, welches in den Anfangsworten anzudeuten scheint, daß alle in personam actiones damals Condictionen genannt worden seyen, und von den byzantinischen Juristen auch in dieser Richtung interpretirt worden ist, allein, wenn man die spätere Erklärung der in personam actio genauer ansieht, recht eigentlich nur von solchen Klagen verstanden werden kann, deren Inhalt (intentio) auf eine obligatio dandi faciendi gerichtet ist. [63]) Hiernach kann es nicht mehr Wunder nehmen, wenn auch die byzantinischen Juristen die rerum amotarum actio nach dem Inhalt unserer Stelle für

---

[61]) L. 1. C. 4. 5. (de cond. ind.) von Antoninus. L. 2. C. 4. 6. (de cond. ob causam) von Alexander Severus.

[62]) L. 7. pr. D. 12. 4. (de cond. causa data) von Julian, dem Lehrer des Gaius. L. 24. D. 12. 1. (de rebus cred.) von Ulpian.

[63]) Actionum genera sunt duo: in rem quae dicitur vindicatio et in personam, quae condictio appellatur. — In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum, et semper adversus eundem locum habet. (Ulpianus libro sing. regularum.). Wahrscheinlich ist vorher Mehreres abgeschnitten worden, was den ursprünglichen Zusammenhang erkennbar machte. Möglich, daß der Jurist von den in ius conceptae actiones im Allgemeinen gesprochen hat, unter Ausscheidung der freien Klagen, und, nachdem er diesen letzten Begriff genauer bestimmt, so fortgefahren ist: caeterarum actionum, quae formulam in ius conceptam habent, genera sunt duo.

eine condictio erklärt haben, wozu die Zweideutigkeit in ihrer Fassung leicht Veranlassung geben konnte. So sagt ein Scholium des Anonymus zur angeführten L. 26.: also merke, daß die rerum amotarum actio keine Infamie wirkt, denn keine condictio hat die Infamie zur Folge[64]). Diese Bemerkung nun wird erst verständlich, wenn wir von dem Gedanken ausgehen, daß die rerum amotarum actio wirklich eine condictio sey.

Auf der andern Seite hat es aber auch nicht an Juristen gefehlt, welche versucht haben, die Zahl der strengen Geschäfte und Klagen zu beschränken. Unter diesen geht am weitesten Thibaut[65]), der lediglich die Stipulationen für strenge Klagen erzeugend anerkennt und bei anderer Gelegenheit die Meinung äußert, daß die Klage aus dem Darlehn bonae fidei sey u. s. w. In ähnlicher Weise hatte schon früherhin J. H. Böhmer[66]) lediglich die Stipulation und litterarum obligatio als strenge Geschäfte anerkennen wollen. Gegen diese Ansichten läßt sich weiter nichts einwenden, als daß sie gegen den Inhalt der römischen Rechtsquellen verstoßen. Für die Ansicht, daß das Mutuum ein freies Geschäft sey, wird indeß speciell §. 2. J. I. 2. (de iure nat.) angeführt[67]), was nur soviel sagt, daß die Consensualcontracte und das Mutuum aus dem jus gentium stammen. Wie wenig das für die freie Natur des Geschäftes beweist, ergiebt schon die Betrachtung der Stipulationen, deren Formen außer der sponsio sämmtlich dem jus gentium angehören und gleichwohl lediglich strenge Klagen erzeugen. In der Jüngstzeit

---

[64]) Bas. ed. HEIMBACH. III. p. 310. *οὐκοῦν σημείωσαι τοῦτο, ὅτι οὐκ ἐστὶν ἀτιμοποιὸς ἡ ῥέρουμ ἀμοτάρουμ· οὐδεὶς γὰρ κονδικτίκιος ἀτιμοποιὸς ἐστι.*

[65]) System des Pandectenrechtes §. 467 B. 2. S. 24. (8. Ausg.).

[66]) de actionibus I. 3. §. XXIX—XXXIV. p. 44—49.

[67]) Für die freie Eigenschaft des Mutuum tritt auch BOEHMER l. c. §. 33. p. 48. seq. in die Schranken.

hat man wenigstens das Darlehn, was in Sachen außer baar Geld besteht, nicht als Erzeugungsgrund strenger Klagen gelten lassen wollen [68]). Allein wohl mit Unrecht. Auch hier liegt eine obligatorische Numeration zu Tage, und es läßt sich nicht absehen, warum dieselbe gerade da andre Wirkungen haben sollte, wie bei dem Gelddarlehn, da die Sache in beiden Fällen gleichmäßig auf die Ausantwortung fungibler Sacheu hinausläuft. Ferner nehmen die classischen Juristen auch bei dem Fruchtdarlehn ohne Weiteres ein Creditum an, was man doch immer zu den strengen Obligationen gerechnet hat [69]). Was aber ganz gegen die Ansicht entscheidet, ist der Umstand, daß die daraus entstehende Klage von den classischen Juristen geradezu condictio genannt wird [70]). Fragt man nach dem Grunde der seltsamen Behauptung, so wird nur der Umstand geltend gemacht, daß bei Fruchtdarlehen Zinsen auch durch nudum pactum giltig versprochen werden können, was bei Gelddarlehen nur auf dem Wege der Stipulation möglich ist [71]). Allein der Grund dieses Unterschiedes liegt nicht sowohl in der freien Natur des Fruchtdarlehns, als vielmehr in der Eigenthümlichkeit der Klagformel, welche bei Gelddarlehen die Darlehnssumme in der Intention und damit übereinstimmend auch in der Condemnation namhaft machte, und dadurch ein strenges Festhalten an dem Grundsatz des ältern Rechts herbeiführte, daß Niemand durch obligatorische Numeration über das Datum hinaus verpflichtet werden könne; bei Fruchtdarlehn hingegen, wo die Condictionsklage in der Intention nur das Datum namhaft machte und die Condemnationssumme nicht gleich von vorn herein (zur Zeit der Litiscontestation) fest bestimmt war,

---

[68]) Burchardi, Lehrbuch des römischen Rechts. Th. 2. S. 736.

[69]) L. 2. §. 1. D. 12. 1. (de rebus cred.) Paulus (L. 1. Th. C. de usuris (2. 33.) vbis summa crediti.

[70]) Gaius inst. III. §. 90. 91. Daraus pr. J. 3. 15. (quibus modis re) ibique Theophilus.

[71]) Es werden L. 12. u. 16. C. de usuris (4. 32) angeführt, von welchen indeß lediglich die erste hierher gehört.

sondern erst durch richterliche Abschätzung gefunden werden mußte, die Einrechnung geschuldeter Zinsen in die Condemnationssumme und somit auch eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln der obligatorischen datio möglich war. Daß dieß der Gang der Lehre gewesen ist, besagt sehr klar folgende Stelle: Imperator PHILIPPUS a. JASONI [72]). Oleo quidem vel quibuscunque fructibus mutuo datis, incerti pretii ratio additamenta usurarum ejusdem materiei suasit admitti (man kann schwerlich deutlicher, als es in den letzten Worten geschieht, bezeichnen, daß man früherhin auch hier streng an der Regel der obligatorischen Numeration festgehalten und erst späterhin in Veranlassung auf das Incertum der Condemnationssumme die Einrechnung von Zinsen gestattet hat, auch wenn sie aus einem nudum pactum geschuldet werden.)

Hierher gehört auch die merkwürdige Deduction Marezoll's, daß die actio ex testamento auf ein Incertum zu den freien Klagen gehört [73]), obschon er die strenge Natur der Klage zugiebt, wenn sie aus einem Damnationslegate auf ein Certum gerichtet wird. Hier ist nun vorerst die Annahme sehr bedenklich, daß Eine und dieselbe Klage bald strenger, bald freier Natur sein könne. Denn einmal widerspricht es allen bekannten Beispielen von Condictionen, die sämmtlich ihrem Grunde nach streng sind, ohne alle und jede Rücksicht auf das Certum und Incertum des Leistungsobjects; hauptsächlich der Analogie der Stipulationsklagen, deren strenge Natur für beide Fälle ausdrücklich bezeugt wird. Sodann widerspricht auch das bereits oben nachgewiesene Princip, daß der Grund für die Strenge oder für die Freiheit einer Klage

---

72) L. 23. C. 4. 32. (de usuris) nach der trefflichen Interpretation v. Savigny's, System des heutigen römischen Rechts Bd. 6. S. 132 folg. (Einen ähnlichen Gedanken finde ich schon bei Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen S. 52, angedeutet.)

73) In der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 9. S. 100. Dagegen schon Wächter a. a. O. H. 2. S. 88. Merkwürdig ist es,

zur Zeit der classischen Juristen nicht in die prozessualische Behandlung der Sache, nicht in die Conception der formula auf ein Certum oder Incertum zu setzen ist, sondern vielmehr in die Einseitigkeit des Obligationsverhältnisses, welche freilich auf die Gestaltung der formula wesentlichen Einfluß hat, allein gewiß nicht von der letztern bedingt ist. Nimmt man noch hinzu, daß die actio ex testamento sonst immer mit der actio ex stipulatu zusammengestellt wird, und zwar auch in den Fällen, wo sie erweislich nur ein Incertum zum Object hat[74]), so möchte vom Standpunkte der classischen Juristen aus leicht Alles erschöpft seyn, was gegen die Ansicht Marezoll's beigebracht werden konnte. Vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes aus lassen sich diese Einwürfe noch durch folgenden Thatumstand vermehren. In den bekannten Verzeichnissen der freien Klagen bei Gajus, in den Justinianischen Institutionen und in der Paraphrase des Theophilus ist die actio ex testamento auf ein Incertum nicht erwähnt worden. Und wenn man dieses Argument durch die Bemerkung zu entkräften gesucht hat, daß an jenen Stellen lediglich die hauptsächlichsten freien Klagen namhaft gemacht werden sollten, so widerlegt sich dieß schon durch die

daß die Ansicht von der freien Natur der actio ex testamento sich schon bei Bartolus zu L. 6. D. de in litem iurando findet, wo es heißt: actio ex testamento licet bonae fidei naturam habeat, tamen quoad iusiurandum in litem naturam stricti iuris actionis sequitur. Dagegen vertheidigt wieder Jason ad h. l. die strenge Natur der Klage. Eine verkehrte Anwendung dieser Ansicht findet sich bei Boehmer l. c. §. 35. seq. p. 50., welcher sie zur Zeit der classischen Juristen für streng, nach der Ausgleichung der Legate mit den Fideicommissen aber für frei hält und daraus L. 34. D. de usuris u. L. 3. C. in quibus causis in integrum rest. (2. 41.) erklärt. Diese Erklärungsweise kann, da jene Ausgleichung erst durch Justinian geschah, lediglich ein hysteron proteron seyn.

[74]) Hierher gehören die sehr allgemein sprechenden Stellen von Paulus lib. 5. ad Edictum in L. 6. D. 12. 3. (de in litem iurando) und lib. 5. ad Plautium in L. 9. §. 1. D. 12. 5. (de cond. ob turpem).

Anfangsworte der Institutionenstellen [75]), welche eine möglichst genaue und vollständige Zusammenstellung der freien Klagen vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes beabsichtigen, und durch die Thatsache, daß in diesem Verzeichnisse sogar solche Klagen nachgetragen werden, welche erst durch Justinian's specielle Verordnung die freie Eigenschaft erhalten haben, wie die hereditatis petitio und die actio ex stipulatu auf Rückgabe des Heirathsguts nach getrennter Ehe. — Fragt man nach den Gründen, weßhalb die incerti actio ex testamento eine freie Klage seyn soll, so erscheinen sie bei genauerer Betrachtung unglaublich schwach. Zunächst wird geltend gemacht, daß Verzugszinsen dabei vorkommen können. Dieß ist für die Zeit der classischen Jurisprudenz erweislich falsch. Denn noch zu Gajus Zeiten, wo die incerti actio ex testamento längst im Gebrauche war, finden wir für die Legate die allgemeine Regel eingeschärft, daß keine Verzugszinsen geschuldet werden, und wenn auch schon damals Viele nach dem Vorgange des Julian, wenigstens bei den Legaten, welche sinendi modo hinterlassen worden sind, dergleichen angenommen haben, so stand doch die Sache noch keineswegs allgemein fest — und für die incerti actio aus dem Damnationslegate hat die Ausnahme niemals gegolten [76]). Ueberhaupt beruht auch Julian's Meinung von den Verzugszinsen bei dem sinendi modo legatum nicht auf der Analogie der freien Klagen, sondern vielmehr auf der von den Fideicommissen, die damals nicht auf dem Wege der formula, sondern vielmehr der extraordinaria persecutio geltend gemacht wurden, — also auf der Analogie eines Falles, bei dem die Eigenschaft der strengen und freien Klagen damals überall nicht in Frage kommen konnte [77]).

---

75) §. 28. J. 4. 6. (de actionibus). Actionum quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt hae: dann folgt das Verzeichniß der freien Klagen, während von den strengen weder eine Begriffsbestimmung noch ein Verzeichniß gegeben wird.

76) Gaius inst. II. §. 280.

77) Gaius inst. l. c. Scio tamen Juliano placuisse, in eo legato,

Zweitens hat man behauptet, daß die classischen Juristen die Klage aus einem solchen Legate gegen den onerirten Erben als eine freie behandelt wissen wollen. Zum Beweise des Gesagten wird angeführt:

1) L. 34. D. 22. 1. (de usuris et fruct.). Hier sagt Ulpian in besonderer Beziehung auf die hereditatis petitio: usurae vicem fructuum obtinent: et merito. Non debent a fructibus separari. Et ita in legatis et fideicommissis et in tutelae actione et in caeteris iudiciis bonae fidei observatur. Hier schließt, wenn die Stelle vom Standpunkt der classischen Juristen aus interpretirt wird, der Gedanke, welchen das Wort caeteris erzeugte, mit den Worten et in tutelae actione rückwärts ab. Denn, was zunächst vorhergeht, hat niemals unter den freien Klagen rangirt; nicht das Fideicommiß, was nur die extraordinaria persecutio erzeugt; nicht das Legat, was sonst immer unter den strengen Obligationsverhältnissen rangirt, am wenigsten die hereditatis petitio, die als in rem actio zu Ulpians Zeiten möglicher Weise nicht die Natur einer freien Klage haben konnte. In specieller Beziehung auf Legate ist nun die Gleichstellung derselben in der Zinsen- und Fruchtlehre mit einigen Fällen der bonae fidei iudicia rein zufällig, da sie nach der Entwickelung des Gajus nicht von den freien Klagen, sondern von den Fideicommissen aus auf Legate übertragen worden ist. Auch kann diese Gleichstellung für die Zeit Ulpians nicht für alle Legate, sondern lediglich nur für die sinendi modo behauptet werden, weil nur auf diese die Grundsätze der Fideicommisse nach Julians Vorgang ausgedehnt werden sollten.

2) L. 60. §. 1. D. 35. 2. (ad legem Falcidiam). Hier kommt nehmlich ein Würderungseid bei Legaten vor, der regelmäßig nur bei freien Klagen anwendbar ist. Indeß kommt er

---

quod sinendi modo relinquitur, idem iuris esse, quod in fideicommissis.

bei strengen Geschäften ausnahmsweise vor, sobald das Obligationsobject zu existiren bereits aufgehört hat, weil es sonst dem Juder unmöglich seyn würde, dasselbe in Geld abzuschätzen.[78]) Ein solcher Fall nun würde zur Erklärung dieser Eigenthümlichkeit unserer Stelle völlig ausreichen und uns von der Nothwendigkeit für immer frei machen, die Legate nach dem Inhalt dieser Stelle als freie Obligationsverhältnisse betrachten zu müssen. Der Untergang des Obligationsobjectes wird aber in der Stelle selbst sehr klar bezeugt mit den Worten: quanti revera id fuit, quod petitum est. Aus dieser Bemerkung folgt aber auch zugleich, daß das Obligationsobject eine individuelle, genau bestimmte Sache gewesen ist, also ein Certum, bei dem die incerti actio ex testamento gar nicht vorkommen konnte, welcher doch nach der hier verworfenen Ansicht einzig und allein die Eigenschaft der freien Klage zukommen soll.

Jetzt, nachdem das gesammte Gebiet der strengen Klagen nach dem Inhalte des uns überlieferten Quellenmaterials erörtert, auch die Meinungen der Dissentienten nach allen Seiten hin ausführlich geprüft worden sind, wird es möglich seyn, einige Bemerkungen allgemeineren Inhaltes anzuknüpfen, welche sich aus der Gesammtbetrachtung dieses Gebietes ergeben.

Zunächst ist es eine Eigenheit aller strengen Klagen, daß sie lediglich den Schadenersatz bezwecken. Für die Condictionen aus dem Darlehn und der litterarum obligatio folgt dieß schon aus der ganzen Natur der Numeration, sey es der wirklichen, sey es, daß sie lediglich fingirt worden. Ebenso für die condictio indebiti, causa data, causa non secuta, weil sie auf numeratio, datio oder Vermögensvermehrung des Einen durch die Vermögensverminderung des Andern beruhen. Für die certi stipulationes er-

---

78) L. 5. §. 4. D. 12. 3. (de in litem iur.) L. 6. D. ibid. Vergl. von Schröter in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 6. S. 383.

giebt sich das nehmliche Resultat aus den speciellen Vorschriften über den Zeitpunkt, an welchem die richterliche Aestimation geschehen solle, und über den anfänglichen Ausschluß der Früchte und omnis causa, selbst vom Zeitpunkte der Litiscontestation abwärts. Auch in der incerti actio ex stipulatu kann es nicht anders seyn, da hier über den Zeitpunkt der Aestimation die nehmlichen Regeln gelten, wie bei den certae stipulationes, auch nach einem speciellen Zeugniß Ulpians[79]) hier das Klagobject lediglich im Interesse besteht. Eine einzige Ausnahme kommt in dem vorjustinianischen Rechte bei dem legatum per damnationem auf ein Certum vor, wenn der onerirte Erbe dasselbe abläugnete; dann wuchs nehmlich zur Strafe die Condemnationssumme auf das Duplum.[80]) Allein dieß liegt nicht in der Natur des Damnationslegates selbst: dieß zeigt nehmlich einestheils der Umstand, daß die poena dupli bei dem Legate auf ein Incertum und bei dem legatum sinendi modo nicht eintritt; sodann auch die Thatsache, daß Gajus diese Strafe vielmehr auf eine ausdrückliche Satzung des Prätorischen Edictes zurückführt.[81]) Offenbar ist die Strafe nur eine Rückwirkung des Nexum, worauf das alte Civiltestament wesentlich beruht, wobei jede Abläugnung die poena dupli zur Folge hat,[82]) und ward erst späterhin bei dem Untergang der Legisactionen aus dem ius civile in das Prätorische Edict übertragen. — Eine weitere scheinbare Ausnahme, die von Vielen für das Gebiet der furtiva condictio angenommen worden ist, hat von Savigny jüngst mit entscheidenden Gründen zurückgewiesen.

[79]) L. 3. D. si quis eum (3. 4.). Cum quis in iudicio sisti promiserit, neque adiecerit poenam, incerti cum eo agendum esse in id, quod interest, verissimum est. Et ita Celsus quoque scribit. (Ulpianus lib. 47. ad Sabinum.)

[80]) Gaius inst. II. §. 282., IV. 9., 171. Pauli sent. rec. II. 19. §. 1.

[81]) Gaius inst. IV. §. 171.

[82]) Cic. de off. III. 16. — cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui inficiatus esset, dupli poenam subiret.

Fragen wir nach dem inneren Grunde der Regel, daß die Condictionen, überhaupt alle strenge Klagen nur Schadenersatz bezwecken, also keine pönale Natur haben, so stellt sich derselbe von selbst durch folgende Betrachtung heraus. In allen diesen Klagen wirkt lediglich der einseitige Obligationsanspruch. Die Klage selbst nimmt diesen wesentlich in sich auf und erscheint im Aeußeren nur als das Medium, wodurch dieser Anspruch wirkt und realisirt wird. Hiernach kann sie auch nicht über ihren Inhalt hinaus wirken, d. h. weiterhin, als das Obligationsverhältniß reicht, was in, mit und durch sie geltend gemacht wird, und weil es die einzige Grundlage, den einzigen Gehalt der einseitigen Klage ausmacht, auch zugleich die Gränzen bestimmt, binnen welcher sich der einzig mögliche Erfolg der Klaganstellung zu bewegen hat. Somit ist die reipersecutorische Natur aller Condictionen vollständig erklärt und deren Gebiet von den Pönalklagen und denen für immer geschieden, welche beides, Erlangung des Schadenersatzes und einer poena, nebeneinander bezwecken. Derselbe Grund enthält auch die Erklärung eines andern Phänomens, welches sich auf dem gesammten Condictionengebiete wiederholt.

Es ist nehmlich eine sehr richtige Bemerkung, daß keine von allen Condictionen dem, welcher daraus verurtheilt wird, eine infamia zuzieht. Der Beweis für diese Behauptung liegt theils in dem Umstande, daß unter den bekannten strengen Klagen keine einzige mit dieser Wirkung vorkommt[83]), theils darin, daß alle Verzeichnisse der infamirenden Civilklagen diese Strafe zurückführen entweder auf ein Delict, welches die Klage recht eigentlich und ursprünglich erzeugt, oder auf Verletzung der bona fides, beides Fälle, in welchen eine condemnatio des Beklagten ohne

---

[83]) Ausdrücklich sagt dieß auch folgende merkwürdige Stelle L. 36. D. 44. 7. (de oblig. et actionibus). Cessat ignominia in condictionibus, quamvis ex famosis causis pendeant. (Ulpianus lib. 2. ad edictum).

Dolus oder, was dem gleichsteht, völlig undenkbar ist [84]). Am klarsten wird die Sache, wenn wir die condictio furtiva näher ins Auge fassen. In der ältern Zeit hat man dieser Klage wohl ziemlich allgemein den Charakter einer Delictklage beigelegt; indessen haben die neueren Untersuchungen von Savigny's und von Vangerow's vollständig erwiesen, daß, wenn sie auch bei Gelegenheit eines Delictes entsteht, sie doch gar nicht die pönale Eigenschaft — den eigentlichen Character aller Delictklagen — an sich trägt. Vielmehr wirkt in derselben lediglich das in der intentio namhaft gemachte ius si paret dare oportere; und weil nur dieses allein wirkt, kann auf der einen Seite nur eine Verurtheilung auf das Gestohlene erfolgen, andererseits auch von einer Infamie des Beklagten bei der Condemnation nicht die Rede seyn, wenn auch zur Begründung der Klage der Erweis des Furtum's unumgänglich nöthig erscheint. In diesem Sinne haben auch die byzantinischen Juristen die Sache aufgefaßt, welche der Justinianischen Zeit nahe standen. Sie lehren ganz allgemein, daß keine condictio für den Verurtheilten die Infamie zu Wege bringt [85]) und beziehen sich deßhalb auf die oben angeführte Stelle Ulpian's in L. 36. D. de oblig. et act.

Diese Bemerkungen geben uns auch den Schlüssel an die Hand zum Verständniß des Namens stricti iuris iudicia, oder actiones. In dieser Beziehung wird hauptsächlich für die vorliegende Untersuchung das Zeugniß des Theophilus von Wichtigkeit, welcher nach Erörterung des Begriffs der freien Klagen in folgender Weise fortfährt: Das nun ist die Natur der bonae fidei actiones. In den stricten Klagen wird aber lediglich auf die Begründung des in der Intentio

---

[84]) Vergl. Marezoll von der bürgerlichen Ehre S. 145—147. Zu den dort verzeichneten Quellen ist jetzt noch Gaius inst. IV. §. 182. hinzuzufügen.

[85]) Das Scholium des Anonymus zu L. 26. D. de rerum amotarum in den Basilica ed. Heimbach tom. III. p. 310.

namhaft gemachten Rechtes gesehen, und wenn also mich Jemand auf 10 Solidi verklagt, so muß ich auf 10 verurtheilt werden, auch wenn mir der Kläger 5 Solidi aus einem andern Grunde schuldet. So ist es, wenn man lediglich auf das namhaft gemachte Recht sieht.[86]) Im Folgenden wird dann eine Beschränkung des Gesagten erwähnt, welche auch hier die Compensationsbefugniß des Beklagten auf dem Wege der doli exceptio zu Wege bringt und aus einer Constitution des Marcus Aurelius hergeleitet wird. — Hier nun wird offenbar das ursprüngliche Wesen der strengen Klagen im Gegensatze zu den freien erläutert, und dann späterhin eine Modification bei der Compensation erwähnt. Das Wesen der strengen Klagen wird mit den Worten bezeichnet: *ἐπὶ δὲ τῶν στρίκτων ἐπειδὴ τῆς ἀκριβείας αὐτῆς γίνεται λόγος.* Wir haben sie im Obigen lediglich auf die Begründung des in der Intentio namhaft gemachten Rechtes bezogen, theils weil dieser Theil der Formula immer auf das Recht gestellt wird; theils weil daraus die Condemnation auf die ganze namhaft gemachte Summe gefolgert wird, was wiederum nur unter der Voraussetzung Sinn hat, daß diese Summe vorher in der Intentio der Formula namhaft gemacht worden war; theils weil der Ausdruck *ἀκρίβεια* bei strengen Geschäften auf die juristische Begründung derselben von den Zeitgenossen und Schülern des Theophilus bezogen wird. Entscheidend ist hier ein anonymes Pandectenscholium zu L. 27. §. 2. D. de pactis,[87]) was wahrscheinlich dem Stephanus angehört und den Unterschied in der juristischen Behandlung der Pacta und Stipulationen erörtert.

---

[86]) paraphr. ad §. 28. J. de actionibus (4. 6.) ed. Reitz. II. p. 849. *ταῦτα μὲν ἡ φύσις τῶν* bonae fidei *δικαστηρίων· ἐπὶ δὲ τῶν στρίκτων, ἐπειδὴ τῆς ἀκριβείας αὐτῆς γίνεται λόγος, εἰ κινῶν τις κατ' ἐμοῦ περὶ ι. νομισμάτων τυχὸν, εἰ καὶ ἀντεποφείλει ε. νομίσματα, εἰς τὰ ι'. οὐδὲν ἧττον καταδικασθήσομαι· καὶ ταῦτα μὲν ὅσον ἐκ τῆς ἀκριβείας αὐτῆς.*

[87]) Basil. ed. Heimbach. I. p. 600.

Hier heißt es: Bei den Pacta sieht man darauf, ob das Partum geschehen ist; bei Stipulationen aber vielmehr auf die juristische Begründung des Geschäftes, nicht auf die bloße Thatsache, ob das Geschäft abgeschlossen worden, so daß die Stipulation völlig null und nichtig ist, wenn sie unter Abwesenden abgeschlossen worden ist. (ἐπὶ δὲ τῶν ἐπερωτήσεων τῇ ἀκριβείᾳ μᾶλλον τοῦ νόμου καὶ οὐ τοῦ γεγονότος προσέχομεν, τοσοῦτον ὅτι κἂν γένηται μεταξὺ ἀπόντων ἐπερώτησις, οὐκ ἔρρωται.)

Nach der Erklärung dieser Stelle und den daraus gezogenen Folgerungen scheinen also die Ausdrücke stricti juris actiones und ähnliche, wie actionem stricto jure esse vallatam, actio stricti judicii, stricta judicia, eng rechtliche Klagen zu bezeichnen und recht eigentlich gebildet zur Bezeichnung des Grundsatzes, daß hier lediglich auf die juristische Begründung des in der intentio formulae namhaft gemachten Rechtes gesehen wird, und so kommt denn ein wahrer Gegensatz zu den freien Klagen heraus, bei welchen noch ganz andere Fragen der Beurtheilung des judex überlassen werden. (Vergl. oben S. 165 ff.) Daß nun der Ausdruck strictum ius diesen Gedanken bezeichnen kann, geht sehr klar aus einer Stelle bei Gaius inst. III. §. 18 hervor: hac tenus lege XII. tabularum finitae sunt intestatorum hereditates, quod ius quemadmodum strictum fuerit, palam est intelligere. Hierauf wird eine ganze Reihe von Personen genannt, die nach dem Zwölftafelrechte in der civilen Intestaterbschaft nicht berücksichtigt wurden. Späterhin heißt es dann §. 25: sed hac iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt. Andere Beispiele zur Erhärtung dieses Sprachgebrauchs giebt Dirksen Manuale s. v. strictus. [88])

---

[88]) Einen andern Weg zur Erklärung der Sache schlägt die Glosse ein, indem sie den Namen der Klagen lediglich auf das Klagobject bezieht und in dieser Rücksicht wegen Ausschlusses der Zinsenforderung überall eine enge Begränzung dieses Objectes annimmt. Vergl. Gloss. ad §. 28. J. de actionibus s. v. bonae fidei, ad cap. 5. X. de except. (2. 25.). Diese Beziehung wird schon deßhalb unmöglich,

In Rücksicht des so eben erklärten Ausdrucks und ähnlicher ist noch zu bemerken, daß er zur Zeit der classischen Juristen wenig vorkommt. In den Justinianischen Pandecten wird zwar actio stricti iudicii bei Marcian erwähnt in L. 5. §. 4. D. de in litem iurando (12. 3.): dann steht bei Ulpianus quamvis in stricti litis contestatae tempus spectetur in L. 3. §. 2. D. commodati vel contra (13. 6.), wo einige sehr gelind corrigiren in strictis, was denn auf das vorhergehende iudiciis sich beziehen würde. Die Vulgata ergiebt in stricti iuris iudiciis, und dabei will sich v. Savigny [89]) beruhigen, obschon diese Leseart wohl weiter nichts als eine Verdeutlichung des ursprünglichen stricti zu sein scheint und somit alle Spuren des Glossems an sich trägt. Außerdem kommt der Ausdruck und ähnliche zur classischen Zeit nicht vor; namentlich nicht bei Gaius institutiones, in den sonstigen Ueberresten des vorjustinianischen Rechts, nicht einmal im Codex Theodosianus. Möglich also, daß die classischen Juristen lieber den Ausdruck condictio und ähnliche zur Bezeichnung der Sache gebraucht haben; [90]) und namentlich hat dazu das Prätorische Condictionensystem Veranlassung gegeben, von welchem oben die Rede gewesen ist.

Was die heutige Anwendbarkeit der Unterschiede anlangt, welche noch im Justinianischen Rechte zwischen den strengen und freien Klagen vorkommen, so liegen sie außer dem Bereiche dieser Abhandlung, welche zunächst nur den Zweck hatte, den Begriff der strengen Klagen und Geschäfte aus den vereinzelten Zeugnissen der classischen Juristen zu reconstruiren und ihre Gebietsgränzen nach allen Seiten hin festzustellen. Ueberhaupt hat in dieser Be-

---

weil in den incerti condictiones das Object der Klage — das klägerische Interesse — gerade eben so unbestimmt ausgedrückt wird, wie in den freien Klagen, nehmlich mit den Worten quicquid dare facere oportet.

[89]) A. a. O. Bd. V. S. 462.

[90]) Dieß bemerkt auch schon Wächter a. a. O. S. 45.

ziehung Wächter [91]) sehr tüchtig gearbeitet, so daß es lediglich einer einfachen Verweisung auf dessen Untersuchung bedarf. Hätte dieser Gelehrte seine Bemerkungen an die Doctrin der Glosse zum Civil= und Kirchenrechte angeknüpft, die Schriften der italienischen Prozessualisten genau berücksichtigt, und erst von da aus die Untersuchung über die Behandlung der Frage in der deutschen Doctrin begonnen, so hätten wir zugleich eine tüchtige Grundlage für die Dogmengeschäfte einer Lehre erhalten, welche jetzt in den Compendien des Römischen Rechts nur mit zwei Worten abgemacht wird, unter Einfügung einer Reihe von litterarischen Citaten, welche die verschiedenartigsten Ansichten der neueren Rechtslehrer enthalten und in der juristischen Begründung dieser Ansichten noch viel weiter von einander abweichen.

---

[91]) A. a. O. Heft 2. S. 112 folg.

VI.

Erwirbt der Eigenthümer eines niedriger gelegenen Grundstückes durch langjährige Benutzung des von einem oberen Grundstücke abfließenden Quell- oder Regenwassers ein Recht auf Fortdauer dieses Wasserabflusses?

Von
Herrn Hofgerichtsrath Schäffer in Gießen.

Unter den nicht seltenen Prozessen über ländliche Dienstbarkeiten sind es besonders diejenigen über Wassernutzungen, in welchen mitunter sehr von einander abweichende Ansichten der Gerichte hervortreten. Dies gilt hauptsächlich von dem in der obigen Frage bezeichneten Fall, der den Gerichten häufig zur Beurtheilung vorliegt. Es wird deshalb kein unnützes Unternehmen seyn, diesen, gelegentlich auch schon von Andern [1]) berührten Gegenstand hier einer wiederholten, auch die Praxis bekundenden Betrachtung zu unterwerfen und dabei zugleich den in den verschiedenen In-

---

[1]) Guenther quaestiones de jure aquarum. Funke im Archiv für civilist. Praxis, Bd. 12. S. 291—296 und S. 434 ff. Kori ebendas. Bd. 18. S. 40—42. Elvers, Themis, Zeitschr. für Doctrin und Praxis des röm. Rechts. N. F. 1. Bds. 3. Heft.

stanzen verschieden beurtheilten Rechtsfall mitzutheilen, welcher zunächst zu dieser Rechtsausführung Veranlassung gegeben hat.

Der Fall ist kurz folgender:

Oben aus dem Feld herkommendes Regenwasser floß über einen öffentlichen Weg auf ein daran liegendes Grundstück, dessen Eigenthümer durch eine von ihm gezogene Endfurche den Abfluß des Wassers auf einen unten an dem Grundstück ebenfalls herziehenden öffentlichen Weg bewirkte. Auf der andern Seite dieses letzteren Wegs, jenem Grundstücke gegenüber, lag eine Wiese, welche mittelst dieses auf den Weg abgeleiteten Wassers bewässert wurde. Aus der Furche auf dem oberen Grundstücke, durch welche das Wasser auf den unteren Weg floß, war im Laufe der Zeit, theils durch die Gewalt des Wassers, theils durch Nachhülfe des Eigenthümers jenes Geländes, ein Gräbchen geworden. Da, wo sich dasselbe auf den öffentlichen Weg mündete, fing der Besitzer der auf der andern Seite des Wegs an denselben gränzenden Wiese das Wasser auf und leitete es mittelst eines Gräbchens oder einer Vertiefung über diesen Weg auf seine Wiese. Dieses Verhältniß bestand lange Jahre hindurch, bis es endlich dem Eigenthümer des oberen Grundstückes, welches bisher Ackerland war, einfiel, dasselbe in eine Wiese umzuwandeln, das Gräbchen, durch welches das Wasser unten auf den Weg geleitet wurde, zuzuwerfen und so den Abfluß des Wassers auf und über sein Grundstück zur Benutzung für dasselbe herbeizuführen. Der untere Wiesenbesitzer hielt dieses für einen Eingriff in sein vermeintlich durch Verjährung erworbenes Recht und erhob deshalb Klage auf Anerkennung seiner Wässerungsgerechtigkeit. Der Beklagte bestritt ein solches Recht des Klägers und behauptete: das auf seinem Grundstücke bisher bestandene Gräbchen habe blos den Nutzen seines Ackers bezweckt und könne von ihm ebenso gut wieder beseitigt werden, als dessen Entstehung auf seinem freien Willen beruht habe; es wäre dieß Alles seinem Ermessen anheimgegeben, weshalb aus seinem Thun oder Lassen vom Kläger kein Recht abgeleitet werden könne. (Dabei wurde auf

einige Gesetzstellen Bezug genommen.) In der Replikschrift beharrte Kläger dabei, daß er durch Verjährung das Wässerungsrecht erworben habe, und bemerkte ausdrücklich, bei Ausübung desselben stets in gutem Glauben gewesen zu seyn. Er stellte, als ihm unbekannt, in Abrede, daß das Gräbchen von dem Beklagten auf dessen Grundstück und zu dessen Nutzen errichtet worden sey, und fügte hinzu, daß dieser Umstand, selbst wenn er gegründet wäre, die Ersitzung nicht hindere. Die Duplikschrift enthielt nichts Neues. Auf diese Verhandlungen hin wurde dem Kläger der Beweis auferlegt: „daß seinem Grundstücke das angesprochene Wässerungsrecht mittelst des fraglichen Grabens entweder durch unvordenkliche, oder durch außerordentliche oder durch ordentliche Verjährung erworben worden sey."

Das Ergebniß der Beweis- und der dem Beklagten nachgelassenen Beweisführung läßt sich in wenigen Worten zusammenfassen. Das Regenwasser hat schon seit langer Zeit, seit länger als 30 Jahren, in einer Furche oder einem Gräbchen am Ende des Ackers des Beklagten, unter Zuthun dieses Letzteren, stets auf den unteren Weg seinen Abfluß gehabt und ist dort von dem Kläger und dessen Angehörigen aufgefangen und auf die daran gelegene Wiese geleitet worden. Die Anlegung des Gräbchens hatte die Ableitung des weiter obenher aus dem Feld kommenden und zum Theil über des Beklagten Grundstück seinen Weg nehmenden Regenwassers, also die Entwässerung dieses Grundstückes zum Zwecke, und dieses so abgewiesene Wasser hatte der Kläger immer in der angegebenen Weise seiner Wiese zugeleitet und für dieselbe benutzt. Auf dem Grundstücke des Beklagten hatte er nichts unternommen, woraus seine Absicht, dasselbe hinsichtlich des Wasserabflusses sich dienstbar zu machen, erkennbar gewesen wäre, nur daß er dann und wann vielleicht dem Abflusse des Wassers im Gräbchen, wenn es keinen rechten Abzug hatte, mit dem Fuße nachhalf. Es will zwar ein Zeuge auch gesehen haben, daß Kläger das Gräbchen öfters aufgeräumt habe; allein dieser Zeuge ist verdächtig und dessen Aussage wird auch durch die

Aussagen der Gegenbeweiszeugen elidirt, indem dieselben versichern, daß der Beklagte das Gräbchen immer offen gehalten habe, und sie ein Anderes nicht wahrgenommen hätten.

Das Gericht erster Instanz erkannte den Beweis, soweit er sich auf den behaupteten unvordenklichen Besitz beziehe, für verfehlt; soweit er aber die ordentliche oder außerordenliche Verjährung zum Gegenstand habe, für bis zum Erfüllungs-Eide erbracht, indem es von der Ansicht ausging, daß durch die langjährige Benutzung des von dem oberen Grundstücke abgeleiteten oder abfließenden Wassers von Seiten des Eigenthümers des tiefer gelegenen Grundstückes ein Recht auf die Fortdauer dieser Wassernutzung für letzteres in dem Falle erworben werden könne, wenn solche immer ununterbrochen stattgefunden und der obere Grundbesitzer zu keiner Zeit von dem Wasser Gebrauch gemacht habe.

Auch in zweiter Instanz ging man im Wesentlichen von denselben Ansichten aus. Es wurde dort geltend gemacht, daß es sich nicht sowohl um ein nach römischen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilendes Wasserleitungsrecht, als vielmehr um das in Deutschland gewöhnliche Wässerungsrecht handle, welches darin bestehe, ein von fremdem Eigenthume herkommendes Wasser (einerlei, ob Quell- oder Regenwasser) zum Befeuchten der Wiesen zu verwenden. Die Ausübung dieses Rechtes erfordere kein Wegleiten des Wassers über fremde Grundstücke, sondern es genüge die bloße, jedoch opinione juris geschehene, Benutzung desselben, wenn es, wie hier, in einer Art von rivus fließe und sich dadurch von selbst den Anliegern mittheile. Eine positive Thätigkeit zum Erwerbe des Rechtes auf Wassernutzung sey, nach Fr. 12. D. 8, 6, selbst bei der römischen servitus aquaeductus, dann nicht erforderlich, wenn das Wasser von selbst auf das Besitzthum fließe und in der Absicht der Rechtsausübung benutzt werde. Ob der obere Grundbesitzer dem unteren das Wasser gern oder ungern zukommen lasse, darauf komme es nicht an, wie denn überhaupt gar viele Servituten ursprünglich auf gutem Willen und bestem Einverständniß beider Theile beruhten.

Hieran mag sich nun die oben erwähnte Erörterung der Streitfrage reihen, wie sie dem in der dritten (Revisions-) Instanz ergangenen Erkenntnisse zu Grunde gelegen hat.

Die servitus aquaeductus, als das Recht, Wasser über ein fremdes Grundstück oder aus einem solchen zu leiten (Fr. 1. pr. Fr. 8. D. 8, 3. Fr. 16. D. 8, 6.) setzt, strenge genommen, fließendes oder Quell-Wasser voraus;

— nulla enim alia aqua duci potest, nisi quae perennis est (Fr. 1. §. 5. D. 43, 20).

Servitus aquae ducendae vel hauriendae nisi ex capite vel fonte constitui non poterat (Fr. 9. D. 8, 3).

Indessen läßt das Fr. 9. cit. den eben angeführten Worten die Bemerkung folgen: hodie tamen ex quocunque loco constitui solet (sc. servit. aquae ducendae), welcher, wenn auch nicht mit Grund, [2]) in der Praxis doch die Auslegung gegeben worden ist, daß die Constituirung einer Wasserleitungsgerechtigkeit nicht nothwendig durch das Vorhandenseyn perennirenden Wassers bedingt sey, [3]) und außerdem spricht F. 28. D. 8, 2. aus:

— At quod (aquae) ex soelo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur,

woraus folgt, daß auch das Regenwasser Gegenstand einer Wasserleitungsgerechtigkeit seyn kann, [4]) was sich nach deutschrechtlichen Grundsätzen und Gewohnheiten auch nicht bezweifeln läßt.

---

[2]) Glück's Pandecten-Commentar, Bd. 10, S. 49—51. — Elvers a. a. O. S. 423 u. 450. — v. Vangerow, Leitfaden für Pandecten-Vorlesungen, Bd. 1, S. 643.

[3]) Leyser meditationes, Vol. II. spec. 107. med. 1. — Thibaut, System des Pandectenrechts, 5. Ausgabe. §. 606 a. E. — Glück a. a. O. S. 51.

[4]) Vergl. Elvers a. a. O. S. 469 f.

Der Erwerb einer solchen Servitut hat nichts Eigenthümliches, die Erwerbsgründe sind ganz dieselben, wie bei andern Dienstbarkeiten, namentlich gilt dieses von der Verjährung, als einer sehr gewöhnlichen Erwerbsart von Rechten. Die Verjährung einer Servitut erfordert eine fehlerfreie, als eine berechtigte sich charakterisirende,[5]) Ausübung derselben während einer Reihe von Jahren. Namentlich müssen also die Handlungen, welche Inhalt und Gegenstand der Servitut sind, in einer Weise vorgenommen worden seyn, daß sie nicht nur den Willen des Handelnden, eine Dienstbarkeit gegen ein fremdes Grundstück geltend zu machen, zu erkennen geben, sondern in der That auch einen Eingriff in fremdes Eigenthum, eine Beschränkung der Eigenthumsbefugnisse eines Andern enthalten. Hieraus folgt, daß der einem Grundbesitzer zum Vortheile gereichende Zustand eines benachbarten Grundstückes für sich allein jenem kein Recht gibt, auf der Fortdauer dieses Zustandes zu bestehen, mag derselbe auch die Verjährungszeit hindurch unverändert so geblieben seyn. Der Eigenthümer kann als solcher auf sein Grundstück nach Belieben einwirken, und wenn er sich nicht zu einer Veränderung, welche die dem Feldnachbar bisher zu Theil gewordenen Vortheile entzieht, bestimmt findet, so macht er dadurch diesem weder eine Concession, noch will er ihm eine Servitut einräumen, sondern er unterläßt nur, was ihm, ohne sich etwas zu vergeben, zu unterlassen freisteht. Selbst wenn der aus dem Fortbestehen des alten Zustandes jenes Grundstückes Nutzen ziehende Feldnachbar diesen Nutzen als einen dauernden betrachtet, als Gegenstand eines Rechtes behandelt und darauf hin Anlagen auf seinem Grundstücke macht, welche die Erhaltung, Sicherung und Steigerung dieses Nutzens bezwecken, kann gegen den dabei sich ruhig verhaltenden Eigenthümer jenes Grundstückes keine Verbindlichkeit

---

[5]) Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit. Fr. 25. D. 8, 6. — Fr. 7. D. 43, 19. — Fr. 1. §. 19. D. 43, 20.

zu Gunsten des Feldnachbars begründet werden. Denn die Handlungen des Letzteren enthalten keinen Eingriff in die Rechtssphäre des Ersteren, welche diesen zur Abwehr oder auch nur zur Rechtsverwahrung nöthigten; was jener auf dem Seinigen unternimmt, enthält keine Verletzung für diesen und ist darum auch nicht geeignet, Inhibitions- oder Repressiv-Maßregeln zu veranlassen. Nur dann, wenn der Eigenthümer eine Veränderung mit oder auf seinem Grundstücke vornehmen will, aber auf Widerspruch des benachbarten, bei Erhaltung des bisherigen Zustandes interessirten Grundbesitzers stößt, oder wenn von Seiten des Letzteren Einwirkungen auf das fremde Grundstück oder Handlungen auf demselben stattfinden, durch welche dieser die Vortheile sich zu erhalten sucht, welche für ihn aus der Beschaffenheit jenes Grundstückes hervorgehen, entsteht ein Verhältniß, welches Entstehungsgrund einer Servitut seyn kann. In Folge des, das bisherige Verhältniß verändernden neuen Factums ist es für den Grundbesitzer, gegen welchen sich die Absicht des Nachbars, eine Dienstbarkeit geltend zu machen, deutlich ausgesprochen hat, eine Sache der Nothwendigkeit geworden, aus der Passivität herauszutreten, wenn er nicht im Laufe der Zeit ein Recht gegen sich aufkommen lassen will. So lange aber eine solche äußere Nöthigung zu einer Thätigkeit für den Grundbesitzer nicht besteht, um in der unbeschränkten Dispositionsbefugniß über sein Grundstück sich zu erhalten, kann ein Anderer auch nicht aus dem Fortbestehen des bisherigen Zustandes des Grundstückes ein Recht zu seinen Gunsten begründen. So darf der Hauseigenthümer jederzeit sein Haus höher bauen, sollte er auch dadurch dem Nachbar schaden, der durch Berufen auf den bisherigen Zustand zwar wohl für den Augenblick Inhibition des Baues erwirken (Fr. 6. §. 1. D. 8, 5.), aber nur durch die Geltendmachung und den Beweis einer Servitut den Höherbau dauernd verhindern kann (Fr. 9. D. 8, 2. — c. 8. O. 3, 34.). So darf ferner der Eigenthümer eines höher liegenden Ackers, von welchem nur zuweilen Wasser auf ein unteres Grundstück abfloß, diesen Acker in eine Wiese verwandeln

und durch deren Bewässerung den Abfluß des Wassers auf das tiefer liegende Grundstück vermehren (falls der vermehrte Wasserabfluß nur nicht durch complanatio loci bewirkt wird), ohne daß der untere Grundbesitzer mit Rücksicht auf die bisherige Beschaffenheit des oberen Grundstückes Einspruch dagegen zu erheben vermöchte (Fr. 3. §. 2. D. 39, 3.). Ferner kann dem oberen Grundbesitzer von dem unteren nicht verwehrt werden, eine Anlage auf seinem Grundstücke zu machen, wodurch in Folge veränderten Wasserabflusses dem unteren Grundstücke die Vortheile entzogen werden, welche ihm früher durch das Wasser zu Gute gekommen waren (Fr. 1. §. 21. D. 39, 3). Ja es ist sogar der Besitzer eines Grundstückes nicht gehindert, durch Graben auf dem Seinigen, wenn es nur nicht aus bloßer Chikane geschieht, dem Nachbar, auf dessen Gelände eine Quelle hervorbricht, das Wasser zu entziehen (Fr. 21. D. 39, 3. — Fr. 1. §. 12. D. eod. — Fr. 24. §. 12. D. 39, 2.), was wieder beweis't, daß ein Grundbesitzer in der Disposition über das Seinige nicht durch die Rücksicht auf den Vortheil des Feldnachbars gehindert oder beschränkt ist. Und so sagt endlich c. 10. C. 3, 34., in Uebereinstimmung mit c. 4. C. eod., ausdrücklich, daß dem Eigenthümer einer Quelle die ausschließliche Benutzung des Wassers zustehe, und nur Derjenige, welcher die Servitut der Wasserleitung erworben habe, zur Mitbenutzung berechtigt sey, wie überhaupt die Gesetze, wenn sie von einem durch die Länge der Zeit erworbenen Rechte auf das Wasser reden, immer einen auf langjährigen ductus aquae sich gründenden Erwerb vor Augen haben (z. B. Fr. 10. pr. und §. 1. D. 8, 5. — Fr. 26. D. 39, 3. — Fr. 3. §. 4. D. 43, 20. — c. 7. C. 3, 34.). Insbesondere spricht aber noch Fr. 1. §. 11. D. 39, 3. gerade in Bezug auf den Fragefall aus:

> aquam pluviam in suo retinere, vel superfluentem ex vicini in suum derivare, dum opus in alieno non fiat, omnibus jus esse; prodesse enim sibi unumquemque, dum alii

non noceat, non prohiberi, nec quemquam hoc nomine teneri.

Mag also das auf des Nachbars Grundstück abgeflossene Regenwasser noch so lange *) von diesem benutzt worden seyn, mag derselbe zu dem Ende auch Anlagen auf seinem Grundstücke gemacht und dadurch den Willen offenbart haben, das Wasser bleibend sich anzueignen, sobald er nicht gerade dem Besitzer des oberen Grundstückes gegenüber, in dessen Rechtsbereich eingreifend, etwas unternimmt, wodurch er seinen Willen ausdrückt, das Grundstück desselben in Bezug auf die Wassernutzung dem seinigen dienstbar zu machen, ist dieser nicht zu irgend einer Thätigkeit veranlaßt, um sich das Recht, über das Wasser zu Gunsten seines Grundstückes nach Belieben zu verfügen, zu erhalten.

Für die entgegenstehende Ansicht, daß bloße langjährige Benutzung des abfließenden Wassers von Seiten des Eigenthümers des unteren Grundstückes diesem ein Recht auf dasselbe gewähre,

*) Selbst eine solche während unvordenklicher Zeit geschehene Benutzung des Wassers kann kein Recht begründen, wenn nicht, wie sich v. Savigny im Systeme des heutigen römischen Rechts, Bd. 4. S. 516 ausdrückt, ein Zustand behauptet werden kann, worin der Genuß gewisser Vortheile nicht ein blos zufälliger und willkührlicher Genuß war, sondern als Ausübung eines Rechtes erschien. Es hat darum auch das Ober-Appellations-Gericht zu Kassel eine solche, auf Anerkennung eines durch unvordenklichen Besitz angeblich erworbenen Wässerungsrechtes gerichtete Klage verworfen, weil in der behaupteten bisherigen Benutzung des Wassers, welches von den Grundstücken der Beklagten auf das tiefer liegende der Kläger herabfließe, nur ein factischer Zustand zu finden sey, welcher blos darum, daß jenes Wasser dem klägerischen Grundstücke durch einen Graben oder eine Furche bei nasser Witterung zugeführt werde, noch kein Merkmal einer rechtlichen Nothwendigkeit erkennen lasse. S. Strippelmann Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts zu Kassel, 1. Thl. Nr. 36. — Fr. 3. §. 4 D. 43, 20 u. fr. 26 D. 39, 3 sprechen auch nur von ductus aquae, Zuleitung des Wassers zum Zwecke eigner Benutzung. Vergl. jedoch Note 14 S. 202.

sprechen keine haltbaren Gründe. Sie läßt sich vorerst nicht auf Fr. 10. D. 8, 5.

> Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse.

stützen. Denn diese Gesetzstelle spricht ausdrücklich nur von dem Rechte der Wasserleitung, welches durch einen während längerer Zeit ausgeübten fehlerfreien Besitz erlangt werden könne.

Darauf weist auch §. 1 des nämlichen Fragmentes, worin das Leiten des Wassers über ein fremdes Grundstück als Gegenstand der Berechtigung bezeichnet wird, mit Bestimmtheit hin.

Ebenso lassen die Worte in fr. 1. §. 23, D. de aqua et a. p. a. (39, 3)

> — si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere,

und diejenigen des §. 2 pr. D. eod.

> In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit, lex, natura loci, vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa,

nicht die Erklärung zu, daß ein jeder langjährige factische Zustand lediglich seiner langen Dauer wegen für einen rechtlichen gelten müsse und als verjährt gegen Anfechtungen zu schützen sey, sondern sie wollen ihrem Zusammenhange nach sagen, daß, wie überhaupt eine Dienstbarkeit eines Grundstückes durch Verjährung erworben werden könne, so insbesondere Rechte und Verbindlichkeiten, welche den Abfluß, die Zuwendung oder die Aufnahme von Regenwasser und Schutzmittel gegen dadurch zu besorgenden Schaden zum Gegenstand haben, wenn nicht schon die Lage und das Verhältniß der betreffenden Grundstücke zu einander, oder besondere, auf örtlichen Zuständen beruhende Normen in jener Beziehung bestimmend seyen, durch zur Geltendmachung eines Rechtes geeignete, in Folge ihres

langen Bestehens als rechtmäßig entstanden zu betrachtende Anlagen und Einrichtungen (wohin die Anlegung von fossae und aggeres gehört) begründet werden könnten [7]. Dieses geben auch die eingeflochtenen Worte, welche auf die oben mitgetheilten des fr. 1. §. 23. cit. unmittelbar folgen:

> Sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi, neque precario, neque clam, habuisse longa consuetudine velut jure impositam servitutem videatur

fast gleichmäßig mit fr. 10 D. 8, 5. deutlich zu erkennen. Dabei kommt aber noch besonders in Betracht, daß die angeführten Gesetzstellen — abgesehen von jener gelegentlichen, speciell auf Servituten sich beziehende Aeußerung: sane enim etc. — zunächst nicht die Frage berühren: ob die vieljährige blose Benutzung des von einem oberen Grundstücke auf ein unteres abfließenden Wassers dem Besitzer des tiefer liegenden Grundstückes ein Recht auf Fortbestehen dieses Zustandes gebe? sondern daß sie umgekehrt von der Verpflichtung des unteren Grundbesitzers sprechen, einen solchen Wasserabfluß auf oder über sein Grundstück schon seines langen Bestehens wegen auch fernerhin zu dulden [8]. Ein derartiges, nicht durch die Lage der beiderseitigen Grundstücke oder durch eine besondere Uebereinkunft gerechtfertigtes Zuwenden von Wasser erhält aber einen directen Eingriff in fremdes Besitzthum, die Anmaßung einer Servitut, welche den Eigenthümer des dadurch berührten Grundstückes zur Abwehr verpflichtet, wenn nicht dem oberen Grundbesitzer durch die Länge der Zeit ein Recht auf das Fortbestehen dieser Wasserableitung erworben werden soll.

Die c. 6. C. 3, 34 (de servit.):

---

[7]) Funke, a. a. O., S. 442 f.

[8]) Vergl. darüber besonders v. Savigny a. a. O. S. 487—491.

Praeses provinciae usu aquae, quam ex fonte juris tui profluere allegas, contra statutam consuetudinis formam carere te non permittet, quum sit durum et crudelitati proximum, ex tuis praediis aquae agmen ortum, sitientibus agris tuis, ad aliorum usum vicinorum injuria propagari.

enthält ebenfalls nichts, was mit der bisherigen Entwickelung in Widerspruch stünde. Sie erklärt es vielmehr für ein Unrecht, wenn ein Anderer, mit Ausschluß des Eigenthümers der Quelle, das Wasser für seine Ländereien benutzen wollte. Sie theilt zwar nichts Näheres über den Inhalt der Anfrage mit, auf welche sie die Entscheidung enthält; indessen liegt ihr doch die Ansicht zu Grunde, daß ein Anderer, als der Eigenthümer der Quelle, das Wasser nur in Folge eines besonderen Rechtes, über dessen Erwerb die allgemeinen Rechtsgrundsätze gelten, sich anzueignen befugt sey. Uebrigens lassen die Worte: „contra statutam consuetudinis formam“ und „injuria propagari“ auch annehmen, daß in der Constit. von einer durch Gewohnheit geregelten Wassernutzung, an welcher mehrere Grundbesitzer noch neben dem Eigenthümer der Quelle Theil haben, und von der Zuwiderhandlung eines Grundbesitzers gegen diese eingeführte Ordnung zum Nachtheile des Eigenthümers der Quelle — die Rede ist. *)

Auch die c. 7. C. eodem:

Si manifeste docere possit, jus aquae ex vetere more atque observatione per certa loca profluentis utilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere, Procurator noster, ne quid contra veterem formam atque solennem morem innovetur, providebit,

will nicht lediglich auf die seit langer Zeit geschehene Benutzung von Quellwasser ein Recht auf die Fortbenutzung gründen; sondern sie spricht entweder von einem zum Vortheile gewisser Grundstücke gereichenden ductus aquae, worauf die Worte jus

*) Vergl. Funke a. a. O. S. 294 und 445.

aquae (sc. ducendae, vergl. z. B. fr. 16 D. 8, 6. — fr. 8. 9. D. 39, 3. — c. 7. C. 11, 42), statt usum aquae, hinzuweisen scheinen,[10]) und will demnach sagen, daß ein seit alten Zeiten, nach einer bestimmten Richtung hin bestehender Erguß von Quellwasser nicht geändert werden dürfe, wenn damit das erweisliche Recht eines Anderen in Verbindung stehe, von jenem Quellwasser den zur Bewässerung gewisser Grundstücke nöthigen Bedarf denselben zuzuleiten, — oder sie hat den Fall vor Augen, wenn die Quelle im Laufe der Zeit eine Art von Bach (aqua per certa loca profluens) gebildet hat, aus welchem die Anlieger nach einer gewissen Ordnung ihre Grundstücke seit langen Jahren bewässert haben (ex vetere more atque observatione), so daß diese Benutzung des in einem Bache abfließenden Wassers (si aqua per rivum sua sponte perfluxit, wie sich fr. 12, D. 8, 6 ausdrückt)[11]) einer ange-

---

[10]) Funke a. a. O. S. 292 f. — Auch Glück Pand. Commentar Band 10. S. 195—197 (zu vergl. mit Bd. 9. S. 136) nimmt an, daß diese Coderstelle, welche sich im Titel : de servitutibus findet, von der servit. aquaeductus spreche. Sehr beachtenswerth ist übrigens die Ansicht von v. Savigny a. a. O. S. 502. Not. g : es sey in c. 7 cit. nicht die Rede von einer eigentlichen Servitut, sondern von einem Anspruche einzelner Privatpersonen an eine öffentliche Wasserleitung, der, wenn er auf einer Concession des Kaisers beruht habe, geschützt worden sey, und ebenso auch, wenn zwar nicht die Concession, wohl aber ein unvordenklicher Besitz, als Vermuthungsgrund für die behauptete Concession, habe nachgewiesen werden können. Zu vergleichen ist hiermit, als diese Ansicht unterstützend, c. 7. C. de aquaeductu (7, 42).

[11]) Diese Gesetzstelle, auf welche von dem Gericht 2. Instanz für die der hier vertheidigten entgegengesetzte Ansicht Gewicht gelegt worden zu seyn scheint, sagt weiter nichts, als daß mit dem Besitze eines Grundstückes auch die demselben zustehenden Servituten auf den Besitzer übergehen. Sie erfordert aber allerdings Ausübung einer solchergestalt erworbenen Servitut zum Zwecke der Erhaltung derselben (qui fundum alienum bona fide emit, si itinere, quod ei fundo debetur, usus est, retinet id jus itineris), und dieß sprechen auch die Worte : fundus enim qualiter qualiter se habens, quum ita in suo habitu possessus est, jus non deperit — aus, ohne jedoch

legten Wasserleitung gleichkommt, — wodurch jedoch immer das nächste Benutzungsrecht des Eigenthümers der Quelle nicht ausgeschlossen werden darf (c. 6. C. 3, 34). In dieser Weise wird die c. 7. cit. auch in v. Bülow und Hagemann pract. Erörterungen, Bd. 1. Nr. 3. S. 39 aufgefaßt, indem dort, mit Rücksicht auf jene Constitution, der Satz aufgestellt wird:

„daß an fließenden Privatwassern, die in ihrem Laufe das Eigenthum Mehrerer berühren, der Regel nach keiner Privatperson ein ausschließliches Eigenthum zusteht, sondern daß in Rücksicht derselben ein Miteigenthum aller derjenigen eintritt, durch deren Grundstücke das Wasser fließt, oder die ein Mitbenutzungsrecht derselben hergebracht haben. [22])

---

in dem Falle eine besonderr Thätigkeit des berechtigten Grundbesitzers zu verlangen, wenn dem Grundstücke schon von selbst durch eine bestehende Einrichtung der in der Servitut liegende Nutzen zu Theil wird.

[22]) Es stimmt im Wesentlichen hiermit überein eine Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichts zu Dresden vom J. 1845 (s. Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, 2. Bd. 1. Heft Nr. 8), worin gesagt ist: «Als Hauptgrundsatz ist wohl festzuhalten, daß der blose ungeregelte, nach der Beschaffenheit des Ortes ohne bestimmtes Ufer und Bett erfolgte Abfluß eines Quellwassers keineswegs für geeignet zu achten, die Eigenthumsrechte des Quellenbesitzers, den unterhalb anliegenden Grundbesitzern gegenüber, zu verändern. Wenn jedoch lange Zeit hindurch das auf einem Privatgrundstücke entspringende Quellwasser in künstlich angelegten Canälen, oder wenigstens in einem bestimmten, durch die Gewalt des Wassers nach und nach gebildeten Graben zwischen Grundstücken fremder Besitzer hindurch geflossen und von diesen mehr oder weniger benutzt worden, so ist alsdann anzunehmen, daß in der gleichförmigen Beachtung dieses Sachverhältnisses der Gesammtwille der Interessenten sich ausgesprochen habe, und daher nunmehr der status quo selbst eine Rechtsnorm bilde, gegen welche vom Eigenthümer der Quelle zum Nachtheile der Adjacenten nicht gehandelt werden dürfe.» Damit scheint freilich eine andere, in einem von Seuffert Archiv u. s. w. 1. Bd. 1. Heft mitgetheilten Erkenntnisse des Ober-Appellations-Gerichts

Verschieden davon ist aber der Fall, wenn ein Eigenthümer tiefer liegenden Geländes das von einem oberen Grundstücke her, oder über dasselbe ungeregelt oder in einem Abzugsgräbchen abfließende Wasser auffängt und für sein Grundstück benutzt, wodurch, als einem blos factischen, beliebiger Veränderung unterworfenen Zustande, kein Recht auf Fortdauer dieses Wasserabflusses für den davon Nutzen ziehenden unteren Grundbesitzer erworben werden kann. Ein solches Recht wird diesem auch dann nicht erworben, wenn das Wasser nicht seinen natürlichen Abfluß auf das Grundstück hat, sondern durch Veränderung seines natürlichen Laufes unbefugt auf dasselbe von dem oberen Grundbesitzer abgeleitet wird, oder wenn sich ein Grundbesitzer das von seinem Feldnachbar abgewiesene Wasser aneignet. Denn jenes Zuleiten des Wassers begründet, wie schon oben erwähnt wurde, im Laufe der Zeit nur eine Verbindlichkeit für das tiefer liegende Grund-

---

zu Dresden enthaltene gelegentliche Bemerkung: daß in c. 6 und 7 C. 3, 34, »statuta consuetudinis forma, vetus mos iuvetus forma, als Norm bei Entscheidung von Wasserrechtsstreitigkeiten festgestellt seyen, ohne daß dabei des Erfordernisses von Besitzhandlungen, wie bei Servituten gedacht werde,« nicht ganz in Einklang zu stehen. — Eine zu ausgedehnte Anwendung erhält obiger Satz in Band 7 Nr. 65 der Erörterungen v. Bülow und Hagemann, indem es dort heißt: «Alldieweil aus des Imploranten Geständnisse sich hinlänglich offenbart, daß das streitige, auf des Imploraten Grund und Boden entspringende und auf des Imploranten Besitzungen herabfließende Quellwasser von diesem seit langer Zeit zu einer Viehtränke und zur Bewässerung seiner Wiese benutzt worden, das alte Herkommen aber hierunter, kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift (c. 7, C. 3, 34), den Gebrauch auf ungestörte Fortsetzung desselben vollkommen begründet, mithin eines weiteren Beweises des vom Imploranten behaupteten Rechtes es überall nicht bedarf, so ist der Implorat mit seiner, auf alleinige Benutzung des gedachten Quellwassers gerichteten Klage ab- und zur Ruhe zu verweisen.» Da übrigens die factischen Verhältnisse nicht näher angegeben worden sind, so läßt sich die Entscheidung und deren Widerspruch oder Uebereinstimmung mit den oben entwickelten Grundsätzen nicht sicher beurtheilen.

stück zur immerwährenden Aufnahme des Wassers, belastet dasselbe also mit einer Servitut zu Gunsten des oberen Geländes, auf deren Ausübung der Eigenthümer des letzteren auch wieder verzichten kann, ohne daß der Eigenthümer des dienenden Grundstückes aus dem Umstande, daß er sich das Wasser nutzbringend zu machen gewußt habe, ein Widerspruchsrecht abzuleiten vermöchte. Was aber die Aneignung von Wasser betrifft, welches von oder aus dem oberen Grundstücke, über das es sonst seinen Lauf genommen haben würde, oder in welchem es selbst seinen Ursprung hat, von dem Eigenthümer dieses Grundstückes abgeleitet worden ist, so kann diese Aneignung darum kein Recht auf Fortbezug des Wassers begründen, weil die Abweisung desselben nicht als eine für immer bindende Entsagung auf dessen Benutzung zu Gunsten des Ersten Besten, der es sich zuwendet, sondern als eine dem Grundstücke jeweilig für dienlich erachtete, unter veränderten Verhältnissen, namentlich bei Culturveränderungen, dem Wechsel unterworfene Maaßregel zu betrachten ist. — Quell- und Regenwasser (unter welchem letzteren bekanntlich auch jedes andere, durch Regen aber angeschwellte und veränderte Wasser begriffen wird — s. Schneider in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. 5. S. 327 ff.), sind übrigens in dieser Beziehung nach gleichen Grundsätzen zu behandeln. Auch das von dem oberen Grundstücke nach dem unteren seinen natürlichen Abfluß nehmende Quellwasser muß das tiefer liegende Grundstück aufnehmen (fr. 3, pr. D. 39, 3), ohne daß aus dieser Aufnahme des Wassers und der Benutzung desselben durch den unteren Grundbesitzer ein Recht auf dessen Fortbezug hergeleitet werden könnte, sollte dieser auch etwas auf seinem Grundstücke unternommen haben, was auf seine Absicht hindeutete, das Wasser dauernd sich nutzbar zu machen [13].

---

[13]) Funke, a. a. O. S. 266 und Kori a. a. O. stellen gleichfalls diesen Satz auf, desgleichen Elvers a. a. O. S. 481, welcher sich wörtlich dahin ausspricht: «Ist nun aber auch der untere

Wenn aber überhaupt die Länge der Zeit einen Rechtstitel auf Fortbezug des von einem höheren Grundstücke auf ein niedriger liegendes abfließenden Wassers gewähren könnte, so würde sich gerade bei Quellwasser — auch ausser dem Falle der c. 7, C. 3, 34 — wegen seines, einen ständigern und vielseitigeren Gebrauch zulassenden steten Flusses und der Möglichkeit seiner Benutzung durch Mehrere, aus dem langjährigen Bestehen von Anlagen und Einrichtungen auf dem unteren Grundstücke, welche auf dauernde Benutzung des Wassers berechnet sind, wenn dasselbe dem Grundstücke geregelt zufließt, in Verbindung mit dem Umstande, daß der Eigenthümer der Quelle, obgleich er jene Anlagen und Einrichtungen kennt, weder den Lauf des Wassers verändert, noch dasselbe ausschließend für sich benutzt, noch auch sich nur gegen die beabsichtigte Geltendmachung eines Rechtes verwahrt, auf stillschweigende Bestellung oder Anerkennung eines solchen schließen lassen [14]). Es giebt wenigstens der Code civil unter solchen Voraussetzungen dem Eigenthümer des tiefer liegenden Grundstückes, wenn derselbe auch nur auf diesem auf den Fortbezug des Wassers berechnete Anstalten getroffen hat, ein Recht auf Benutzung des auf dem oberen entspringenden und dem unteren Grundstücke zufließenden Quellwassers, was zwar in den betreffenden Artikeln [15]) nicht bestimmt ausgesprochen ist, indem

Nachbar verpflichtet, das Regenwasser des oberen aufzunehmen, so hat er doch keineswegs einen rechtsbegründeten Anspruch auf dieses obere Wasser. Vielmehr steht es dem oberen frei, dieses selbst zu nutzen, oder einem Andern mit dessen Willen zuzuwenden», — wenn letzteres nur nicht in der blosen Absicht geschieht, dem Nachbar, welcher seither von dem auf sein Grundstück abfließenden Wasser Nutzen gezogen hat, zu schaden. fr. 2, §. 9, D. 39, 3.» —

[14]) Ein seit unvordenklicher Zeit bestehender derartiger Zustand könnte wohl, wenn keine besonderen Gründe dieser Annahme entgegenstehen, darauf schließen lassen, daß derselbe auf einem gesetzlich anerkannten Entstehungsgrunde beruhe.

[15]) In dem Capitel »des servitudes, qui dérivent de la situation des lieux« bestimmt zuerst der Art. 640, daß die tiefer liegenden Grund-

dort überhaupt nur von sichtbaren Vorkehrungen die Rede ist, welche der Eigenthümer des niedriger liegenden Grundstückes gemacht hat, um den Fall und den Lauf des Wassers auf sein Eigenthum zu erleichtern, aber aus den Motiven zu den Artikeln sich ergiebt [16]) Dessen ungeachtet hat nach dem Zeugnisse von

---

stücke den natürlichen Wasserabfluß von den höher liegenden sich gefallen lassen müssen, die folgenden Artikel sodann disponiren, und zwar:

Art. 641. Celui, qui a une source dans son fonds, peut en usor à sa volonté, sauf le droit, que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription.

Art. 642. La prescription, dans ce cas, ne peut s'acquérir, que par une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années, à compter du moment, où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminé des ouvrages apparens destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété.

Das österreichische Gesetzbuch und das Allgemeine preußische Landrecht enthalten keine derartigen speciellen Bestimmungen.

[16]) Locré, la legislation civ. commerc. et crim. de la France, vol. VIII. p. 337. 355—58. 385. 403—405. In den Berichtserstattungen und Berathungen über die Art. 641 und 642 wird anerkannt, daß die alte Jurisprudenz dem Eigenthümer des Ortes, wo die Quelle entsprungen sey, immer das unbeschränkte Verfügungsrecht über dieselbe eingeräumt habe, allein dagegen bemerkt, daß Rücksichten der Billigkeit und Zweckmäßigkeit eine andere Bestimmung nothwendig machten. Insbesondere wird, unter Anderem, in einem Berichte des Tribunates gesagt (Locré p. 358): Les ouvrages exterieurs (apparens), que ce dernier (le propriétaire inférieur) a faits sur son propre fonds, étaient une declaration formelle, qu'il avait dessein de prescrire; et le propriétaire supérieur doit s'imputer de n'avoir manifesté de sa part aucune disposition contraire. — Il resulte de son silence un véritable consentement, non pas à ce qu'on pût acquérir contre lui quelque chose de nouveau, mais à ce que les choses restassent dans l'état, où la nature ellemême les avait placées. — Und in einem, in einer Sitzung des gesetzgebenden Körpers von dem Staatsrath Berlier vorgetragenen Exposé des motifs kommt die Stelle vor: — Mais si pendant plus de trente ans ce propriétaire (superieur) a laissé aux eaux de sa source un cours, à l'occasion duquel le propriétaire de

Lauckhard und Sommer Rechtsfällen mit Entscheidungen der franz. und belg. Gerichtshöfe, Bd. 6. Heft 1 eine damit in Widerspruch stehende, das Unsichere eines Schlusses jener Art anerkennende und daher der gemeinrechtlichen Lehre sich anschließende Rechtsprechung gebildet. In Nr. 1 der dort mitgetheilten Rechtsfälle werden folgende Sätze aufgestellt:

Die äußerlich sichtbaren Werke, welche nach dem Art. 642 des Code civil zur Ersitzung eines Dienstbarkeitsrechtes an einer auf dem höheren Grundstücke entspringenden Quelle erforderlich sind, müssen auf diesem höheren Grundstücke angelegt seyn und es genügt nicht, wenn sie auf dem tiefer liegenden Grundstücke angelegt wurden. — Das franz. Recht spricht sich darüber zwar nicht ganz bestimmt aus, ob das Werk gerade auf dem höher liegenden Grundstücke angelegt seyn müsse; allein die Jurisprudenz hat sich für jenen Satz erklärt. Denn der Eigenthümer des tiefer liegenden Grundstückes kann nur durch solche Werke ein Dienstbarkeitsrecht an dem vom höher gelegenen Grundstücke abfließenden Quellwasser erwerben, welche er jure servitutis angelegt hatte. Man kann aber nicht behaupten, daß Werke, welche der Eigenthümer des tiefer liegenden Grundstückes auf diesem anlegte, von demselben jure servitutis angelegt worden sind. Er hat hierdurch nur von dem ihm als Eigenthümer zustehenden Rechte, auf seinem Grund und Boden Werke jeder Art anzulegen, Gebrauch gemacht, durch die

---

l'héritage inférieur ait fait des travaux apparens, dans la vue d'user de ces eaux, et qu'en cet état celui-ci en ait acquis la possession trentenaire, cette possession, ainsi caracterisée, a semblé suffisante pour établir les droits de l'héritage inférieur. Dans cette espèce les rôles changent et c'est l'héritage supérieur, qui est assujetti envers l'héritage inférieur à respecter une possession, qui, accompagnée d'actes patens et speciaux, peut être considérée comme la suite d'arrangemens passées entre les deux propriétaires ou leurs auteurs (Locré p. 369).

Anlegung dieser Werke, woran ihn der höher liegende Eigenthümer gar nicht einmal hindern konnte, aber kein Recht an dem höher liegenden Grundstücke erwerben können.

In Nr. 3 dieser Rechtsfälle wird sodann ausgeführt:

Das Recht zur Benutzung des Regenwassers kann ebenfalls durch Verjährung erworben werden, wenn solches auf ein höher liegendes Grundstück fallendes Regenwasser durch eine äußerlich sichtbare Anlage von diesem auf ein tiefer liegendes abgeleitet wird, nicht aber, wenn der Eigenthümer eines an eine öffentliche Straße stoßenden Grundstückes das auf diese Straße fallende Regenwasser mittelst einer Anlage auf sein Grundstück geleitet hat, weil dieses Wasser res nullius ist und daher von Jedem, welcher es zunächst sich aneignen kann, benutzt werden darf.

An diese letztere Bemerkung ist nun noch folgende hierher gehörige Betrachtung anzuknüpfen.

Wie schon oben erwähnt wurde, muß eine Befugniß, welche als Servitut bestellt werden soll, ständig und nicht blos vorübergehend ausgeübt werden können. Nun bestimmen aber fr. 14. §. 2. D. 8, 1 und fr. 18. §. 1. D. 39, 3, daß Wasser über einen öffentlichen Weg nicht geleitet werden dürfe, und fr. 1, pr. D. 8, 1 sagt, daß ein solum publicum vel via publica zwar nicht der Constituirung einer servitus itineris, actus oder altius tollendi, wohl aber derjenigen der serv. immittendi, protegendi, oder projiciendi hinderlich sey, „quia coelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet." Es soll hiernach der öffentliche Grund und Boden, welcher sich zwischen den beiden als herrschend und dienend zu betrachtenden Grundstücken befindet, in dem Falle, wenn derselbe durch die Servitut würde selbst betroffen und bleibend beschwert werden, der Entstehung einer solchen im Wege seyn, nicht aber dann, wenn von ihm bei Ausübung der Servitut nur der gewöhnliche,

seiner Bestimmung gemäße Gebrauch, z. B. von der via publica zum Gehen, Fahren oder Viehtreiben, gemacht (Fr. 38. D. 8, 3. — Fr. 17. §. 2. D. 39, 3), oder wenn die Servitut, ohne den öffentlichen Grund und Boden zu berühren, ausgeübt werden könnte, wie dieses bei der serv. altius tollendi einem anderen, durch ein solum publicum geschiedenen Privatgrundstücke gegenüber der Fall ist. Von einer Servitut kann daher dann keine Rede seyn, wenn die Ausübung einer solchen nicht möglich ist, ohne ein solum publicum als mit dienstbar zu behandeln. Denn da die Benutzung desselben nur eine precäre seyn würde und jeden Augenblick verhindert werden könnte, so ermangelte es der causa perpetua servitutis. Nur ausnahmsweise wird, si solum publicum vel via publica intercedat, die Entstehung einer Servitut dadurch nicht gehindert, in dem Falle nämlich nicht, wenn die zuständige Behörde die dauernde Benutzung des öffentlichen Grundes und Bodens zum Zwecke der Ausübung der Servitut gestattet, soweit dieses ohne Belästigung des Publikums, oder ohne das Staats- oder Gemeindeeigenthum zu gefährden, geschehen kann, und dieses drücken auch die oben angeführten Gesetzstellen aus, von denen namentlich Fr. 14. §. 2. D. 8, 1. in f. sagt: — a principe autem peti solet, ut per viam publicam aquam ducere sine incommodo publico liceat.

Hieraus folgt, daß auf keinen Fall das bloße Leiten des von einem Grundstücke auf einen öffentlichen Weg abfließenden Wassers über diesen Weg auf ein anderes Grundstück eine Servitut für das letztere gegen das erstere begründen kann. Noch weniger kann aber Derjenige, welcher auf einem öffentlichen Wege sich sammelndes Regenwasser während noch so langer Zeit aufgefangen und auf sein Grundstück geleitet hat, mit Rücksicht hierauf jeden Andern von der Benutzung dieses Wassers ausschließen. Da, wie in Nr. 3 der oben angeführten Rechtsfälle von Lauckhard und Sommer richtig bemerkt wird, solches auf einen öffentlichen Weg fallende oder abfließende Regenwasser seiner Natur nach nicht in irgend Jemandes Privatbesitz sich befinden oder Gegenstand einer Be-

rechtigung seyn kann, so darf es sich auch Jeder, der in der Lage ist, es sich nutzbringend machen zu können, zueignen. Es darf daher — ein Fall, der oft zu Prozessen Veranlassung giebt — von zwei Wiesenbesitzern, deren Grundstücke auf einen öffentlichen Weg stoßen, derjenige, dessen Wiese der Stelle, wo das Regenwasser an oder auf den öffentlichen Weg gelangt, zunächst liegt, das Wasser zunächst benutzen, sollte es auch der untere Wiesenbesitzer seit längster Verjährungsfrist von dieser Stelle längs des Weges an jenem oberen Grundstücke, ohne Widerspruch des Eigenthümers desselben, vorbei auf seine Wiese geleitet haben. Etwas Anderes wäre es freilich, wenn das Wasser in einem an dem öffentlichen Wege herziehenden, zur Bewässerung der dort liegenden Wiesen dienenden Graben seinen unmittelbaren Abfluß hätte, ehe es von dem Eigenthümer eines der angränzenden Grundstücke erreicht werden könnte, indem alsdann die gemein- oder gewohnheitsrechtlich über Benutzung der Bäche geltenden Grundsätze direct oder analog zur Anwendung kommen müßten.

Nachtrag

zur Abhandlung IX. des V. Bandes der N. F., den Erwerb einer Erbschaft für einen Verschollenen betr.

(Zu S. 418.)

Aus dem im 2. Bande von Flach's Entscheidungen des herzogl. nassauischen Oberappellations-Gerichtes unter Nr. XVI. mitgetheilten, von dem Verfasser obiger Abhandlung früher übersehenen Rechtsfalle geht mit Bestimmtheit hervor, daß auch im Herzogthum Nassau bezüglich der einem Verschollenen deferirten Erbschaft nach denselben Grundsätzen verfahren wird, welche in jener Abhandlung als die richtigen vertheidigt worden sind.

Man lese übrigens auf S. 417 dieser Zeitschrift, in der letzten Zeile, statt: Seite 2, Note ** — „Seite 399, Note 1."

VII.

Zur Lehre von den Expropriationen.

Von

Herrn Regierungsrath **Dr. Burckhardt** in Weimar.

Durch die Verkehrsverhältnisse der neueren Zeit hat die Beurtheilung der durch eine Zwangsenteignung herbeigeführten Rechtsverhältnisse nach verschiedenen Richtungen hin eine besondere Bedeutung erlangt. Es wird daher nicht ohne Interesse seyn, einzelne hierher gehörige Fragen nach allgemeinen Grundsätzen auszuführen und deren Lösung zu versuchen.

I. Das Staatsnothrecht.

a. Rechtsgrund desselben.

Eine der Grundbedingungen des Bestehens der Staatsordnung ist die Sicherheit der Person und des Eigenthums gegen willkührliche Eingriffe, von welcher Seite her dieselben versucht werden mögen. Eingriffe in das Eigenthum rechtfertigen sich daher auch Seiten des Staates im Allgemeinen nur auf dem Grunde gesetzlicher Bestimmungen. Was zufolge eines Gesetzes geschieht, ist nicht willkührlich. Nach allgemeinem Staatsrecht sind indeß die Privatzwecke aller Staatsgenossen, kraft deren nothwendiger Unterwerfung unter die Staatsgewalt, dem Staatszwecke

untergeordnet : ein Satz, der sich dadurch begrenzt, daß der Staatsbürger nur für den Zweck des Staates Unterthan ist, daß er nur für diesen von der Staatsgewalt bestimmt werden kann.

Klüber, öffentliches Recht des deutschen Bundes, §. 4.

Hieraus folgt an sich und nothwendig, daß die Staatsgewalt befugt ist, auch ohne ein ausdrückliches Gesetz über das Eigenthum der Staatsgenossen in dem Falle zu verfügen, wo eine unzweifelhafte dringende Noth einen unvermeidlichen Widerstreit des Gemeinwohles mit dem an sich absoluten Rechte des Einzelnen erzeugt, so daß die Verletzung eines solchen Rechtes durch die Pflicht der Selbsterhaltung des Staates geboten wird, wie dies beispielsweise in Folge von Maßregeln im Kriege, bei Feuersbrünsten, Ueberschwemmungen u. dergl. der Fall seyn kann. Die Folge dieses Widerstreites des Staatswohles mit dem Rechte des Einzelnen, also das hierbei hervortretende, wenn man will stärkere, Recht des Staates im Bezug auf das Eigenthum der Staatsgenossen ist mit der Bezeichnung : jus extremae necessitatis, jus eminens, dominium eminens, äußerstes Recht des Staates, Staatsnothrecht belegt worden. Und in der That ist diese letztere Bezeichnung völlig der Sache angemessen. Das Staatsnothrecht beruht im Wesentlichen auf demselben Grunde, wie das Nothrecht des einzelnen Staatsgenossen aus einem Nothstande, gegen den Einzelnen.

1) c. 4. X. de R. J. 5, 41 :

Quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum.

2) Schmid, Lehrbuch des gem. deutschen Staatsrechts §. 21. 52.

b. Stellung des Staates zu dem betheiligten Staatsunterthan.

Wo der Staat aus solchen Gründen Eigenthum der Staatsgenossen in Anspruch nimmt, kann der Betheiligte jetzt immerhin Dreierlei erwarten. Einmal, daß die Anordnung des Rechtes nach den oben angegebenen Voraussetzungen begründet sey;

sodann, daß sich die Ausübung der Anwendung im einzelnen Falle auf das voraussichtlich Nothwendige beschränke, daß also auch mit Berücksichtigung der Verhältnisse und mit thunlicher Schonung verfahren werde; endlich, daß der Betheiligte, — insoweit derselbe der Gesammtheit Opfer bringen mußte, — eine vollständige rechtliche Gleichstellung mit den andern Staatsgenossen erlange, daß er also aus der Staatskasse, deren Ausgaben dann nach Verhältniß auf ihn zurückfallen, vollständig entschädigt werde.

Aber freilich wird bei der Anwendung jenes Nothrechtes die Sachlage sehr oft so gestaltet seyn, daß eine vorgängige Feststellung jener Puncte unmöglich ist; die Enteignung wird daher in solchen Fällen meist rein faktischer Natur seyn; sie wird geordneter Formen entbehren; es wird sich namentlich der Umfang des in Anspruch genommenen Gegenstandes und der dafür zu leistenden Entschädigung vielfach erst nachträglich bestimmen lassen. Auch wird ein gerichtlich verfolgbarer Anspruch immer nur hinsichtlich der Entschädigung denkbar seyn; die Frage, ob und in wie weit ein Nothstand den Eingriff in die Privatrechtssphäre gebiete, wird die Staatsgewalt ihrer eigenen unmittelbaren Beurtheilung nie entziehen lassen können. Hier wird daher nur in der Verantwortlichkeit der Staatsbeamten eine äußere Schranke gegen etwaige Willkühr gegeben seyn.

Bei der Beurtheilung der aus dem Staatsnothrechte entstehenden rechtlichen Verhältnisse muß man sich dann sehr davor wahren, die privatrechtlichen Bestimmungen des römischen Rechtes, namentlich aus dem Gesichtspunkte einer Schadenstiftung, eines Schadenersatzes, zur Anwendung bringen zu wollen. Wie mißlich eine derartige Anwendung wäre, zeigt sich schon von Vorn herein bei der Frage über den Grund der Entschädigungspflicht selbst. Wollte man diese Verpflichtung auf das röm. Recht stützen, so vermißt man überall eine Willenserklärung, einen Vertrag, eine Verschuldung, welche die Ersatzpflicht begründen könnten; ebensowenig liegt einer der Fälle vor, in denen der von

einem Dritten angerichtete Schaden für einen Andern die Verpflichtung der Ersatzleistung nach sich zieht.

1) Göschen, Vorlesungen, Band II. §. 386. 394.

2) Sintenis, das prakt. gem. Zivilrecht, Band II. §. 100. 125.

Faßt man namentlich, abgesehen von einem Vertragsverhältnisse, den Gesichtspunkt des damnum injuria datum in das Auge, so setzt das R. R. regelmäßig voraus, daß der hervorgebrachte Schaden demjenigen, welcher ihn ersetzen soll, zugerechnet werden könne, daß diesen eine Verschuldung treffe,

fr. 23. i. f. D. de R. J.

und gesteht namentlich dem Beschädigten einen Anspruch auf Entschädigung überhaupt dann nicht zu, wenn sich der Schadenstifter in einem gerechten Nothstande befand.

Fr. 49. §. 1. D. ad L. Aquil. (9. 2.)

Quod dicitur, damnum injuria datum Aquiliam persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum injuria datum, quod cum damno injuriam attulerit, nisi magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit. Nam hic scribit cessare Legis Aquiliae actionem; justo enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit; et sive pervenerit ignis, sive ante extinctus sit, existimat Legis Aquiliae actionem cessare.

Fr. 29. §. 3. eod.

Item Labeo scribit: si, quum vi ventorum navis impulsa esset in funes ancorarum alterius, nautae funes praecidissent, si nullo alio modo, nisi praecisis funibus, explicare se potuissent, nullam actionem dandam. Idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis inciderat, aestimarunt. Plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum.

Fr. 3. §. 7. D. de incendio 47, 9.

Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum

habet, si dolo malo damnum datum sit, nam si dolus malus absit, cessat edictum. Quemadmodum ergo procedit, quod Labeo scribit: si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine, et familiae judicium in me dandum? Quum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo; puto igitur non esse verum, quod Labeo scribit. An tamen lege Aquilia agi cum hoc possit? Et non puto agendum; nec enim injuria hoc fecit, qui se tueri voluit, quum alias non posset; et ita Celsus scribit.

S. auch fr. 7. §. 4. D. quod vi aut clam 43, 24. und dazu

1) Glück, Pand.-Komm. Band X. S. 328;

2) Löhr, Theorie der culpa II. §. 16. S. 95 ff.

Wollte man sich hieran halten, so müßte man sagen: Hat der Einzelne, welcher im Falle eines Nothstandes Eingriffe in das Eigenthum Dritter vornahm, hierfür nicht Ersatz zu leisten, so ist auch der Staat nicht, wenn er in einer solchen Lage war, und noch um so viel weniger, dazu verpflichtet. Bei Kriegskontributionen beispielsweise, welche von dem Feinde einer Stadt aufgelegt werden, weil sie dem Staate angehört, mit dem jener im Kriege steht, ist der Staat als solcher insoweit gar nicht handelnder Theil; wo der Staat Kraft seines Nothstandes einschreitet, trifft ihn wenigstens keine Schuld: er genügt da nur einer Verpflichtung. Nach diesen Grundsätzen des römischen Privatrechts würde er daher überhaupt nicht haftpflichtig seyn, da man auch für eine solche Haftpflicht den Gesichtspunkt eines privatrechtlichen Vertrags nicht ohne weiteres annehmen kann. Schon hieraus ergiebt sich zugleich, daß das R. R., wenn eine Entschädigungspflicht des Staates, welche die Bestimmungen jenes Rechtes nicht begründen, doch anzunehmen ist, auch in seinen Konsequenzen nur mit großer Vorsicht angewendet werden darf.

Fragt man aber, ob in dem angegebenen Falle eine Ent-

schädigungspflicht vorliege und auf welchem Grunde sie beruhe, so läßt sich nur sagen, daß diese Frage staatsrechtlicher Natur, und daß es eine ganz nothwendige Folge der Grundsätze ist, auf denen unsere Staatseinrichtungen beruhen, daß das, was der Einzelne zum Besten des Ganzen zu opfern gezwungen wird, ausgeglichen, daß es ihm vergütet werde. Es ist ein staatsrechtlich in Deutschland anerkannter Grundsatz, daß eine möglichst gleiche Vertheilung der Staatslasten nothwendige Bedingung des Bestandes der Staaten selbst sey, ein Grundsatz, welcher auch in den Gerichtshöfen Geltung finden muß. Natürlich nicht in der Weise, daß die Justizbehörden nach inneren Gründen eine Vertheilung vornehmen, also zuletzt über die Zweckmäßigkeit der Steuergesetze sprechen dürften; nicht also, daß sich der Staatsunterthan im Justizwege gegen das bestehende Steuergesetz auf eine angebliche Ungleichheit der Vertheilung beziehen, auch nicht, daß er bei Zweifeln über das Gesetz der Anforderung der verfassungsmäßigen Steuerbehörde eine Weigerung entgegensetzen könnte, so daß diese genöthigt wäre, den Rechtsweg zu betreten, während vielmehr in einem solchen Falle umgekehrt der Pflichtige Zahlung zu leisten und seinerseits das behauptete Recht durch Klagerhebung auszuführen hat: — wo aber der einzelne Staatsunterthan zu Gunsten der Gesammtheit Opfer zu bringen genöthigt ward, und ein besonderes Gesetz in dieser Beziehung nicht besteht, welches ihn zur unentgeltlichen Uebertragung dieses Opfers verpflichtet, kann die Begründung des Anspruchs auf die Uebernahme dieser Last durch die Gesammtheit, es kann die Verpflichtung zur Vergütung durch die Staatskasse nicht in Zweifel gezogen werden. Und insoweit, im Bezug auf die Entscheidung der Frage, ob die Gesammtheit oder der Einzelne pflichtig sey, eine Staatslast, hinsichtlich deren ein ausdrückliches Gesetz nicht besteht, zu tragen — was dann vorkommenden Falles zu der Entscheidung über die Verpflichtung zum Ersatz Seiten der Staatskasse führt, — sind die Justizbe-

hörden allerdings zuständig. Für die nähere Begründung einer derartigen Entscheidung wird man sagen können:

Es ist richtig, kein Staat haftet im Allgemeinen seinen Genossen für den Schaden, der ihnen ohne sein Zuthun, ohne seine Verschuldung durch Zufall, oder durch sonstige, außer dem Kreise seiner Macht und Einwirkung liegende, Ereignisse zugefügt wird. Insoweit ist der Staat in keiner andern Lage, als nach römischem Rechte jeder Einzelne.

Fr. 23. i. f. D. de R. J.

Animalium vero casus mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.

Hasse, culpa §. 65. S. 295 ff. Zweite Aufl. S. 224 ff.

Wo eine solche Haftpflicht dennoch vorkommt, hat sie ihren Grund in einem besonderen Vertrage oder in besonderen Gesetzen, wie z. B. bei Brandschäden, wenn Versicherung dagegen durch eine Staatsanstalt gewährt wird.

Anders aber ist die Rechtslage, wenn nicht der Gesichtspunkt der Schadenstiftung das Entscheidende ist; wenn vielmehr der Schaden, welcher in Frage steht, — dafern man dieses Verhältniß überhaupt so bezeichnen will, — den Charakter einer Staatslast, welche dem Einzelnen oder einer Mehrzahl Einzelner aufgelegt und zum Nutzen der Gesammtheit geleistet worden ist, an sich trägt. In einem solchen Falle ist von einer eigentlichen Schadenstiftung in der That gar nicht die Frage; es handelt sich da nur um eine rechtliche Ungleichheit, durch welche der einzelne Betroffene verletzt wird und, wenn man will, Andern gegenüber Schaden erleidet. Da ist dann die Vergütung des aufgelegten Opfers, die Ausgleichung der Last, es ist die Schadloshaltung des Einzelnen durch Uebernahme derselben auf die Staatskasse erforderlich. Denn man wird mit Grund nicht in Abrede zu stellen vermögen, daß Alles, was zur Erhaltung eines Staates oder der Theile desselben nothwendig ist, gemeinsam von

sämmtlichen Staatsangehörigen übertragen werden muß; wie denn auch Alles, was von dem ganzen Staate, als solchem, oder von dessen Theilen, als Theilen dieses Staates, gefordert wird und nothwendig geleistet werden muß — sey es im Frieden oder im Kriege, lege der Staat die Last selbst auf, oder geschehe dies durch den Feind — gemeinsam und von Allen zu leisten ist. Freilich setzt die Unmöglichkeit wohl zuweilen da eine Grenze, wo das Recht sie nicht finden könnte. Aber abgesehen hiervon, wo zumal die Staatsgewalt selbst einem Staatsangehörigen zu Gunsten des Staates — seiner Gesammtheit oder einzelner Theile desselben — Opfer auflegt, ohne daß dabei die gesetzliche Grundlage der Vertheilung eingreift, da nimmt dieses Opfer, auch wenn die Handlung aus einem Nothstande hervorging, stets den Charakter einer allgemeinen, nur provisorisch von dem Einzelnen zu tragenden, Staatslast an.[1]) Diesen Charakter erkennt die Staatsgewalt schon damit, daß sie eine Verfügung über das Eigenthum eines Angehörigen trifft, stillschweigend aber unumstößlich, an; denn allein auf dem Grunde, daß die Verfügung zum Besten des Staates geschah, beruht ja überhaupt die Befugniß zu solcher.

Die Klage, mit welcher ein derartiger Rechtsanspruch zu verfolgen wäre, würde eine actio in factum seyn, hinsichtlich deren noch Folgendes zu erwähnen seyn dürfte.

1) Der Umstand, daß die Ersatzpflicht nicht auf einer widerrechtlichen Handlung des Staates beruht, giebt zur Hand, daß selbige auf die vera rei aestimatio zu beschränken ist,

---

[1]) Ich weiß es wohl, daß man, und nicht ohne Grund, sagt: Was als Staatslast getragen werde, berechtige nicht zu einem Anspruch auf Entschädigung. Allein eine Meinungsverschiedenheit liegt hierbei gar nicht vor. Was gesetzlich in der Form einer Staatslast von dem Einzelnen, was von ihm als Staatslast getragen wird, das fügt ihm im Rechtssinn allerdings keinen Nachtheil zu. Es ist aber ein Unterschied, ob der Einzelne eine Leistung zu machen hat als eine ihn treffende Staatslast, oder ob ihn allein eine Leistung trifft, die eine allgemeine Staatslast ist.

so daß das lucrum cessans und der sonstige mittelbare Schaden dabei ausser Betracht bleiben. Eine Analogie hierfür bildet eine Reihe von Bestimmungen des römischen Rechtes, deren Anwendung einem gegründeten Bedenken nicht unterliegt.

Fr. 2. §. 4. D. de lege Rhodia de jactu 14, 2:

Portio autem pro aestimatione rerum, quae salvae sunt, et earum, quae amisae sunt, praestari solet, nec ad rem pertinet, si hae, quae amissae sunt, pluris venire poterant, quoniam detrimenti, non lucri fit praestatio. Sed in his rebus, quarum nomine conferendum est, aestimatio debet haberi, non quanti emtae sint, sed quanti venire possunt.

Fr. 33. i. f. D. locati conducti 19, 2:

Nam et si colonus tuus fundo frui a te, aut ab eo prohibeatur, quem tu prohibere, ne id faciat, possis, tantum ei praestabis, quanti ejus interfuerit frui; in quo etiam lucrum ejus continebitur; sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim majorem aut potentiam ejus non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem remittere aut reddere debebis.

Fr. 13. pr. §. 1. de A. E. V. 19, 1.

v. Vangerow, Leitfaden III. S. 42. Anm. 3.

2) Die Verpflichtung des Staates, das vollständig zu ersetzen, was dem betheiligten Staatsgenossen wirklich entzogen wurde, führt aber nicht schon an sich soweit, daß der Staat nicht die zeitweise entzogenen Gegenstände, sobald er deren nicht mehr bedarf, zurückgeben könnte, daß er ein Grundstück, von dem er nur einen Theil dauernd in Anspruch nehmen mußte, ganz übernehmen sollte, und daß nicht die Entschädigung unter Aufrechnung des Zurückgegebenen nach der entzogenen Nutzung, nach dem wahren Werthe des wirklich Entzogenen zu bestimmen wäre. Nur dann wird dies anders seyn, wenn die Staatsgewalt sich durch ausdrückliche bestimmte Erklärungen über den Umfang dessen, was sie in Anspruch nimmt, dem Eigenthümer gegenüber,

der sich jener Erklärung unterwarf, gebunden hat, ein Fall, in dem rücksichtlich der Feststellung des Objectes regelmäßig das Geltung finden wird, was weiter unten bei Ziffer II. b. 3. im Betreff der eigentlichen Zwangsentäußerung gesagt worden ist; oder wenn allein durch die Uebernahme und Vergütung des Ganzen eine wirkliche Schadloshaltung des Betheiligten zu erzielen ist.

Es kann in einem solchen Falle ebensowenig dem Eigensinne oder der Bereicherungssucht ein Spielraum vergönnt werden, als anderntheils gefordert werden mag, daß sich der Verletzte bei der Entschädigung Etwas aufrechnen lasse, was ihm erweislich ohne allen Werth ist.

3) Der Satz, daß die Staatskasse zur Ersatzleistung verpflichtet sey, wenn der Einzelne eine, die Gesammtheit oder deren Theile, als solche, berührende Staatslast allein zu tragen genöthigt war, läßt im Allgemeinen, sich an das R. R. anschließend, zu, daß der Staat bei der Ausgleichung in einem solchen Falle das in Anschlag bringe, was dem Beschädigten durch die Handlung an Nutzen zugegangen ist. Denn der Staat erfüllte dem Verletzten und Forderungsberechtigten gegenüber nicht eine gegen diese obhabende Verpflichtung, deren Erfolg letzterem ohne weiteres zu Gute käme.

Fr. 23. §. 1. D. pro socio 17, 2.

verglichen mit

fr. 11. i. f. D. de negot. gestis 3, 5:

Idem quaerit: an commodum, quod propter admissum socium accessit, compensari cum damno, quod culpa praebuit, debeat? Et ait compensandum. Quod non est verum; nam et Marcellus libro sexto Digestorum scribit: si servus unius ex sociis, societati a domino praepositus, negligenter versatus sit, dominum, qui praeposuerit, societati praestaturum, nec compensandum commodum, quod per servum societati accessit, cum damno, et ita divum Marcum pronuntiasse; nec posse dici socio: ab-

stine commodo, quod per servum accessit, si damnum petis.

Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus : interdum, ait, etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras, veluti venales novicios coëmendo, vel aliquam negotiationem ineundo, nam si quod damnum ex ea re secutum fuerit, te sequitur, lucrum vero absentem; quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens compensare lucrum cum damno debet.

v. Vangerow l. c. III. S. 38. Anm. 1.

4) Da der Grund der Verpflichtung zu Uebernahme einer dem Einzelnen zu Folge des Staatsnothrechtes aufgelegten Staatslast auf die Staatskasse lediglich in den angegebenen staatsrechtlichen Verhältnissen liegt, und der Anspruch des Betheiligten ebensowenig ein restituere oder exhibere verfolgt, welchem eine contumacia oder die durch dolus oder culpa lata herbeigeführte Unmöglichkeit, einer derartigen Verpflichtung nachzukommen, Seiten des Beklagten entgegenträte, als er aus einer gewaltsamen Besitzentsetzung oder überhaupt aus einem unrechtmäßigen, durch dolus oder culpa lata bestimmten, Handeln der Staatsgewalt hergeleitet werden kann, so ist die Herstellung des Beweises regelmäßig durch das juramentum in litem oder durch das juramentum Zenonianum nicht statthaft.

Tit. D. 12, 3; Cod. 5, 53 de in litem jurando.

c. 9. C. unde vi. 8, 4.

1) v. Schröter in der Zeitschr. für Civilr. und Proz. Band VII. S. 356 ff.

2) Göschen Vorlesungen Band III. §. 397.

3) v. Vangerow l. c. I. S. 197 §. 171.

Vielmehr ist der Beweis, im Mangel besonderer Bestim-

mungen hierüber, ganz in der Weise zu erbringen, wie dies sonst nach allgemeinen Prozeßregeln geschieht.

II. Eigentliche Zwangsentäusserung.

a. Rechtsgrund derselben.

Von diesen, durch einen Nothstand des Staates begründeten und auf denselben beschränkten, regelmäßig rein faktischen Verfügungen der Staatsgewalt über Eigenthum der Unterthanen, von diesem s. g. jus extremae necessitatis wesentlich verschieden sind die Zwangsenteignungen aus Rücksichten des Staatswohles, ohne das Daseyn eines unmittelbaren Nothstandes, Verfügungen, die ich ein jus extremae utilitatis nennen möchte und die, als das am häufigsten Vorkommende, der Kürze halber als eigentliche Zwangsenteignungen — im Gegensatz der Nothstandsenteignungen — bezeichnet werden sollen. Die Verkehrs- und sonstigen Verhältnisse der neueren Zeit [2]) haben in den einzelnen Staaten die Nothwendigkeit der Aufstellung bestimmter Rechts-

---

[2]) Schon bei den Griechen und Römern finden sich derartige Bestimmungen. Bei den Römern namentlich zu Gunsten der Freiheit §. 2. I. de his, qui sui 1, 8. — fr. 2. D. eod. 1, 6. — §. 4. I. de donat. 2, 7; die Adjudikation eines Zugangs zur Grabstätte fr. 12. pr. de relig. 11, 7; Behufs der Erhaltung des Verkehres fr. 14. §. 1, D. quemadmodum servitutes amittantur 8. 6. Cum via publica vel fluminis impetu, vel ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet; besonders aber und sehr weit greifend zum Zweck öffentlicher Bauten und städtischer Verschönerung c. 6. 9. 14. 17. C. de operibus publicis 8, 11. Praescriptio temporis juri publico non debet obsistere, sed ne rescripta quidem. Atque ideo diruenda sunt omnia, quae per diversas urbes vel in foro, vel in publico quocunque loco contra ornatum et commodum ac decoram faciem civitatis exstructa noscuntur. — — — Si quando concessa a nobis licentia fuerit exstruendi, id sublimis magnificentia tua sciat esse servandum, ut nulla domus inchoandae publicae fabricae gratia diruatur, nisi usque ad quinquaginta libras argenti pretii aestimatione taxabitur. De aedificiis vero majoris pretii ad nostram scientiam referatur, ut, ubi amplior poscitur quantitas, imperialis exstet auctoritas.

säze in dieser Hinsicht herbeigeführt. Aber man muß dabei stets im Auge behalten, daß sich die Verfügung der Staatsgewalt über Privateigenthum wegen eines Nothstandes von Vorn herein und ohne weitere Unterlagen rechtfertigt, daß es insoweit keines besondern Ermächtigungsgesetzes bedarf, weil in dieser Schranke die Befugniß in der Natur der Sache liegt und insoweit allgemein anerkannt wird; daß es sich hingegen mit einem Eingriffe in das Eigenthum dann anders verhält, wenn nicht neben unzweifelhafter Dringlichkeit [*]) das Bestehen, sondern nur der Nutzen des Staates und seiner Bewohner in Frage ist, wenn es sich namentlich um die Erhaltung und Belebung des Verkehres, um die Erhebung der Landeskultur, wie z. B. bei Bewässerungsanlagen, oder um einen sonstigen Staatsvortheil handelt. Zu einem solchen Zwecke darf die Staatsgewalt an sich über das Eigenthum der Staatsbürger überhaupt nicht verfügen. Sie ist hierzu nur befugt auf dem Grunde eines besonderen Gesetzes. Die Befugniß selbst indeß, derartige Gesetze zu erlassen, ist — auch vom Standpunkte der Staatsklugheit — im Allgemeinen natürlich um so weniger in Frage zu stellen, als eine große Unternehmung geradezu unmöglich wäre, wenn deren Ausführung an dem Willen, dem Eigensinne, der Laune, eines Einzelnen scheitern könnte. Aber nur insoweit und innerhalb der Grenze, in welcher

---

[*]) Zwischenverhältnisse zwischen Nothstand und Nichtnothstand giebt es nicht. Zu Begründung des Nothstandes gehört aber außer der Bedeutung der Sache für den Staat an sich, auch die unzweifelhafte Dringlichkeit des Einschreitens. Bei dem Neubau einer Festung, bei der Zusammenziehung großer Truppenmassen zur Uebung und dergleichen wird aus dem letzteren Gesichtspunkte ein Nothstand vielfach nicht zu begründen seyn; da fragt es sich also vorkommenden Falles regelmäßig um eine eigentliche Expropriation.

Zur Kompetenz der Gerichte wird indeß — wie schon oben bemerkt worden — die Entscheidung über das Daseyn eines Nothstandes nur dann kommen, wenn entweder eine Anklage gegen einen Staatsbeamten wegen willkührlichen Eingriffs in Privateigenthum erhoben wird, oder insofern jene Frage auf den Entschädigungspunkt von Einfluß ist.

das Gesetz die Verfügung über das Eigenthum der Staatsbürger nachläßt, unter strenger Festhaltung aller der Regeln und Formen, welche jenes vorschreibt, darf dieselbe erfolgen. Insoweit darüber hinausgegriffen wird, stehen dem Eigenthümer alle aus dem Eigenthume fließenden Befugnisse der civil- und strafrechtlichen Verfolgung seines Rechtes zu.

b. Rechtliche Natur der Expropriation.

Man sagt: die Expropriation ist nie ein Vertrag; sie beruht auf dem ausgesprochenen Willen der höchsten Staatsbehörde, sie beruht unmittelbar auf dem Gesetze, sie ist ein Gesetz.

Das ist wahr, aber nur, wenn man die Bedeutung dieses Satzes richtig auffaßt.

Eine natürliche Folge des Umstandes, daß bei Expropriationen, die eben durch den Staatsnutzen, nicht durch eine absolute drängende Nothwendigkeit herbeigeführt werden, die Lage des Eigenthümers dem Exproprianten gegenüber als eine andere erscheint, wie im letzteren Falle, ist es, daß sich auch die Grundsätze, nach denen die Entschädigung zu leisten ist, anders und zwar zu Gunsten des Expropriaten gestaltet haben. Namentlich zeigt sich dies in den Fällen, wo das Recht zu expropriiren vom Staate auf Erwerbsvereine, Eisenbahngesellschaften u. s. w., übertragen wurde. Die Expropriationsgesetze gestehen indeß auch derartigen Unternehmern das Recht zu, nicht nur die Abtretung von öffentlichem und von Privat-Grundeigenthum nebst den darauf befindlichen Gebäuden und Zubehörungen, sowie die Abtretung von andern Rechten und Gerechtigkeiten zu verlangen, sondern auch eine vorübergehende Benutzung oder Belastung jener Gegenstände zu beanspruchen, — letztere regelmäßig nur während der ersten Ausführung der Unternehmung und während eines begrenzten Zeitraums.[4]) Was sich bei dem Staatsnothrechte im

[4]) Eine Verpflichtung, Wohn- oder Wirthschaftsgebäude nur vorübergehend zu Zwecken einer Eisenbahn zu überlassen, ist meines Wissens nirgends, bei Grundstücken aber in dem Falle nicht anerkannt, wenn

Allgemeinen, d. h. so lange als nicht Seiten der Staatsgewalt bestimmte Kundgebungen über den größeren Umfang der Enteignung gemacht wurden und in deren Folge eine Veränderung des Rechtszustandes in diesem Umfange eintrat [5]), von selbst versteht, ist also unter gewissen Beschränkungen auch auf die eigentliche Expropriation übergetragen worden: nemlich der Satz, daß der Eigenthümer bei einer zeitweisen Benutzung eines Grundstücks nicht die Uebernahme desselben, sondern nur volle Entschädigung für den entzogenen Gebrauch, die entzogene Nutzung und den sonst zugefügten Schaden, beanspruchen könne. Aber doch unterscheidet sich die eigentliche Expropriation von der Ausübung des Staatsnothsrechtes wesentlich dadurch, [6]) daß bei ersterer das Objekt, welches in Anspruch genommen wird, nach allen Beziehungen hin, von dem Exproprianten zum Voraus genau

---

deren Beschaffenheit wesentlich und bleibend verändert werden sollte.

[5]) Die Beantwortung der Frage: wodurch? s. unten.

[6]) Ich bin der Ansicht, daß sich diese Unterscheidung wesentlich auf die Natur der Sache gründet, daß sie für die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses wesentlich ist. Denn bei den Zwangsenteignungen, welche auf einem wirklichen Nothstande beruhen, läßt sich regelmäßig der Umfang des in Anspruch genommenen Rechtes zum Voraus entschieden nicht bestimmt angeben. Bei einer Feuersbrunst, einer Ueberschwemmung und dergleichen muß man handeln, ohne daß es möglich ist, zum Voraus genau zu bestimmen, welche Objekte in Anspruch genommen werden. Das entscheidet der Augenblick, ohne daß die Möglichkeit einer Rückfrage, einer Kundgebung an den Gegentheil vorliegt. Deshalb können immerhin gesetzliche Bestimmungen über die Grenzen des Staatsnothrechtes und über das Verfahren dabei vorliegen, deßungeachtet aber wird jene oberste Unterscheidung festzuhalten seyn. Eine Unterscheidung zwischen Expropriationen, welche

a) auf dem Staatsnothrechte,

b) auf besonderen Gesetzen

beruhen, unter Durchführung des Satzes, daß auf beide Fälle demnächst dieselben Grundsätze anzuwenden seyen, insofern nicht eben im Falle b. das besondere Gesetz Besonderes bestimmt, halte ich nicht für das eigentliche und wesentliche Sachverhältniß treffend.

angegeben und bestimmt werden muß, was bei der Enteignung Kraft des Staatsnothrechtes als absolute Regel nicht gilt.

Dabei zeigt sich dann zunächst die Bedeutung der Folgen, welche es hat, wie man den Satz, daß die Expropriation ein Gesetz sey, auffaßt. Denn es hängt von dieser Auffassung die Beantwortung der Frage: „Mit welchem Momente wird das Rechtsverhältniß, welches wir Expropriation nennen, perfekt? also die Beantwortung der Frage, wie sich faktisch das Entstehen und der Umfang der davon unzertrennlichen Entschädigungspflicht gestaltet, wesentlich ab.

Man setze, um die Verhältnisse mehr zu veranschaulichen, folgenden, wirklich zur Austragung gekommenen Fall.

Die Baukomission zu X. wurde durch ein Reskript der höchsten Staatsbehörde ermächtigt, zur Verbindung der Stadt mit dem Eisenbahnhofe schleunigst einen Viadukt anzulegen. Sie trat deßhalb mit mehreren Grundstücksbesitzern wegen käuflicher Ueberlassung eines, nach einer vorgezeigten Karte bestimmten und nach den Grenzen bezeichneten, was den Ruthengehalt betraf jedoch nur annäherungsweise (z. B. 25 bis 26 Quadratruthen) angegebenen, Theils der einzelnen Grundstücke in Kaufverhandlungen. Als diese zu keinem Abschlusse führten, beantragte sie bei dem Gericht der belegenen Sache, daß auf dem Grunde der bestehenden Gesetze das Expropriationsverfahren wegen Abtretung jener Grundstückstheile eingeleitet werde. — Es war zweifelhaft, nach welchem der beiden vorliegenden Landesgesetze dies geschehen solle, ob nach einem Straßenbauregulative aus dem Jahre 1821, oder ob nach dem Eisenbahnexpropriationsgesetze aus dem Jahre 1842. Die Baukommission hatte die Expropriation nach dem ersteren, zufolge dessen drei Schätzer, einer von jeder Partei, der dritte vom Gerichte, zu benennen waren, beantragt und die Gegentheile sich hierein zuletzt gefügt. Die Würderer waren von allen drei Seiten ernannt, die beanspruchten Flächen — die Quadratruthe zu funfzehn Thaler. — wirklich abgeschätzt worden. Inzwischen hatte die Expropriantin

Besitz von dem Areale ergriffen, wenigstens hatte sie Anlagen auf demselben gemacht, Dämme angelegt, Steine aufgefahren und dergleichen mehr. Da auf einmal erklärte sie, noch bevor sie amtlich von dem Würderungsergebnisse Kenntniß erhalten hatte, wie es schien in Folge einer Veränderung der Richtung des Viadukts, daß sie von ihrem Expropriationsantrage zurücktrete; sie sey bereit, die Grundstücke in den vorigen Stand zu setzen, jedenfalls alle zugefügten Schäden zu vergüten. Die Grundstücksbesitzer lehnten dies ab, verlangten Uebernahme der in Anspruch genommenen Grundstückstheile nach dem beanspruchten geringsten Umfange (also bei einem Anspruche, der nach der Angabe der Baukommission 25 bis 26 Quadratruthen betrug, die Uebernahme von 25) und Zahlung des durch die Würderung festgestellten Werthes. Als dies verweigert wurde, erhoben sie Klage, stützten dieselbe auf einen Kaufvertrag und hoben dabei hervor, wie sie sich in die Abtretung des geforderten Areals gefügt hätten, wie von beiden Theilen und dem Gerichte die sachverständigen Schätzer ernannt, wie zu deren Urtheil die Bestimmung des Kaufpreises ausgesetzt worden, und wie endlich die Beklagte Besitz vom Gegenstande ergriffen, über denselben verfügt habe.[7]) — Die Beklagte erwiderte: Wenn die Expropriation volle Entschädigung des Eigenthümers erheische, so sey diese nach dem Begriffe des Schadens nur Folge der wirklich geschehenen Verwendung. Durch die Erklärung verwenden zu wollen, durch Anträge auf Expropriation werde an sich kein Schaden zugefügt; eine solche Erklärung sey kein Vertrag und gebe dem Grundstücksbesitzer kein Recht, die Uebernahme und Verwendung des Grundstücks zu fordern. Man dürfe die im Auftrage der Baukommission auf den libellirten Grundstücken vorgenommenen Handlungen, die Aufschüttung, Ausgrabung u. s. w., nicht als Besitzergreifung und folglich nicht als die

---

[7]) Dies geschah bei der genommenen Auffassung wohl, um zu sagen: es sey von Klägern erfüllt worden.

Perfektmachung (?) eines Kaufes ansehen. Dies verbiete die rein faktische Natur der Expropriation, welche bei jenen Handlungen die Absicht ausschließe, eine vertragsmäßige Uebernahme zu bewirken. Die Beklagte sey keinesfalls zu einem Mehreren verbunden, als für den durch die Benutzung der Grundstücke zugefügten Schaden in vollem Umfange einzustehen und dazu erkläre sie sich wiederholt bereit. Sie verlangte Verwerfung der Klage in der angebrachten Maße und überhaupt und fügte schließlich hinzu, man möge nur bedenken, welcher Preis von dem Kläger gefordert werde: für den Acker von 140 Quadratruthen die Summe von 2100 Rthlr., während der wirkliche Werth desselben höchstens 400 Rthlr. betrage — zu einer billigen Vereinbarung werde sie gern die Hand bieten.

Bei der Entscheidung dieses Rechtsfalles kam es nothwendig auf die Beantwortung der Frage an, mit welchem Momente die Expropriation in der von der Staatsbehörde bei dem Antrage kundgegebenen Weise perfekt werde, d. h. mit welcher Thatsache, mit welchem Zeitpunkte, das in Anspruch genommene Expropriationsobjekt feststehe und der Eigenthümer ein Recht auf volle Entschädigung für dieses Objekt erlange. Drei Gesichtspunkte sind im Allgemeinen dabei möglich:

1) der der Beklagten, daß nemlich die Verpflichtung zu voller Entschädigung für das Areal selbst nur dann eintrete, wenn und insoweit die Verwendung desselben zu dem beabsichtigten Zwecke wirklich erfolgt sey, während anderen Falles nur die zugefügte Benachtheiligung des Eigenthümers in Frage käme, so daß eine Rückgabe des Grundstücks unbeschränkt erfolgen dürfte und nur das zu leisten wäre, was die Schadloshaltung für die Benutzung und vielleicht für die Verschlechterung des Objektes erfordere.

Das heißt zuletzt mit andern Worten: Von einem Momente, mit dem ein Rechtsverhältniß perfekt werde, welches seinen letzten Grund nicht lediglich in dem wirklich entzogenen Nutzen, dem wirklich gestifteten Schaden habe, sey überhaupt bei der

Expropriation nicht die Frage. Es wäre das aber nicht viel anders, als wenn man sagen wollte, die Expropriation als solche erzeuge nur Rechte für den Staat, nicht Pflichten. Denn dies würde daraus folgen, wenn ein Gebahren solcher Art nur Schädenansprüche nach sich zöge, da insoweit dasselbe auch gegen einen Privatmann stattfindet, der sich, widerrechtlich, Eingriffe in das Eigenthum Anderer zur Last bringt. Nun beachte man die Rechtslage, wie sie sich gestalten müßte. Gegen einen Privatmann, der sich widerrechtlich in den Besitz eines Grundstücks setzt, können Schutzmittel verschiedener Art in Anwendung gebracht werden, strafrechtliche und zivilrechtliche, nicht nur auf Entschädigung, sondern auch auf Behinderung der Rechtsstörung und auf Herausgabe des Objektes gerichtete. Der Staat aber wäre in seinem Rechte, so lange es ihm gefiele, zu erklären, daß er es seyn wolle. Er würde also die Abtretung eines Grundstücks im Wege der Expropriation erzwingen können, den Eigenthümer aber durch ein Aufschieben der Verwendung über den Umfang und die Begründung seines Entschädigungsanspruches völlig im Ungewissen lassen dürfen? Wie vertrüge sich das mit dem Grundsatze der vollen, also auch rechtzeitigen, Entschädigung? Der Grund, daß die Verwendung der Schaden sey, der dem Eigenthümer zugefügt werde, ist an sich — weil eben einmal der Gesichtspunkt der privatrechtlichen Schadenstiftung für dieses Verhältniß nicht aufzufassen ist, sondern der der Ausübung eines Staatshoheitsrechts, kraft dessen dem Einzelnen eine Staatslast aufgelegt wird, welche rechtlich Uebernahme auf die Staatskasse oder volle Ausgleichung in sonstigem Wege gebietet, — und auch deshalb nicht stichhaltig, weil das Vermögen einer Person bekanntlich nicht allein aus körperlichen Gegenständen, sondern auch aus Rechten und Pflichten besteht, mithin eine Benachtheiligung, eine Verminderung des Vermögens eintritt, nicht nur, wenn ein körperlicher Theil desselben beschädigt oder vernichtet, sondern auch, wenn eine Verminderung der Rechte oder eine Vermehrung der Pflichten herbeigeführt wird.

Wenn daher auch dem Expropriaten kein positiver Schaden im Sinne der Beklagten zugefügt, sondern nur die Verpflichtung aufgelegt würde, ein Recht, hier das Verfügungsrecht über sein Eigenthum, aufzugeben, so ist dadurch allerdings eine Verminderung seines Vermögens eingetreten. Die wirkliche Abtretung des Grundstücks, das Dulden der Verwendung desselben zu einem bestimmten Zwecke ist nur die Erfüllung der Verpflichtung; eine solche aber hat nie die Begründung eines Rechts, sondern lediglich die Lösung, die Vernichtung der Verpflichtung zum Zwecke und zur rechtlichen Folge. Ueberhaupt kann die Verwendung eines Grundstücks aus Anlaß einer wahren Expropriation rechtlich, nach allgemeinen Grundsätzen und nach den Bestimmungen der Expropriationsgesetze, erst nach erfolgter Ueberweisung geschehen. Sobald aber der Expropriant auf diese Weise die Verfügungsbefugniß erlangt hat, ist er bei deren Ausübung in seinem vollen Rechte — insoweit eine völlige Verwendung in Frage steht, ist er mit der Ueberweisung zu solchem Zwecke befugt, mit dem Gegenstande als seinem Eigenthume zu walten; mit der Verfügung über den Gegenstand wird dann der Rechtszustand nicht verändert; der vorige Eigenthümer erleidet durch diese Verfügung nicht einmal einen Nachtheil im Rechtssinne; dadurch kann ihm ein Entschädigungsanspruch nicht erwachsen.

Das Entstehen des Anspruchs des Expropriaten ist aber nicht nur von der wirklich erfolgten Verwendung, sondern auch von dem Ueberkommen des Expropriationsobjektes Seiten des Exproprianten, der Abtretung Seiten des Expropriaten, unabhängig. Die zwischen dem Umfange und der Vollendung des Expropriationsverfahrens, nemlich der Eröffnung des Expropriationsantrags und der Abtretung bezüglich Ueberweisung des Expropriationsgegenstandes, liegenden Handlungen, eine etwaige Vermessung, die Ernennung der Taxatoren, die Würderung, die Entscheidung über die Entschädigungssumme im Verwaltungswege u. s. w., sind Vorkommnisse, die lediglich auf Ermittelung und Feststellung der Entschädigungssumme abzielen, ein schon be-

stehendes Recht auf die Entschädigung voraussetzen und sich als ein reines Vollziehungsverfahren darstellen. Die wirkliche Herausgabe des Expropriationsgegenstandes ist auch nicht im Wege der Expropriation, sondern lediglich im Wege der justizmäßigen Exekution zu erzwingen.

Alles dies zeigt, daß der Zeitpunkt, in welchem die Expropriation perfekt wird, weiter zurückliegen muß.

2) Der, der unter Ziffer 1 im Anfang aufgeführten Meinung gegenüber, gerade entgegengesetzte Gesichtspunkt würde hervortreten, wenn man sagte: Jenes Moment liege vor, sobald der Staat den zwingenden Machtspruch, daß abgetreten werden müsse, dem betroffenen Eigenthümer durch die zuständige Behörde förmlich habe eröffnen lassen. Mit dieser Thatsache beginne und vollende sich die Expropriation. Der Zwang sey geschehen; denn damit liege dem Eigenthümer die Verpflichtung auf, sein Eigenthum abzutreten. Nachdem sich der Staat Rechte erzwungen habe, sey die Verpflichtung zur Entschädigung für das in Anspruch genommene Objekt seinem ganzen Umfange nach sofort und unvermeidlich zum Daseyn gekommen. Während der Grundstückseigenthümer durch jenen Machtspruch des Staates eine Verringerung seines Vermögens erlitten habe, weil er in der Verpflichtung, sein Grundstück abzutreten, eine Schuld übernehmen mußte, habe sich der Staat auf der andern Seite durch die entsprechende Forderung bereichert und dieser Gegensatz, diese rechtliche Ungleichheit, dürfe nicht einen Augenblick bestehen. Geschehe dies, so liege ein unrechtmäßiger Angriff auf das Vermögen des Staatsbürgers vor, da derselbe mit dem Ueberlassungsantrage in die rechtliche Nothwendigkeit versetzt sey, das Expropriationsobjekt als ein fremdes zu betrachten, die Gelegenheit zum Verkaufe vorübergehen zu lassen, oder eine solche wenigstens nicht aufzusuchen rc. In dem Antrage des Staates auf Einleitung des Abschätzungsverfahrens zum Behufe der Expropriation eines Grundstücks liege der Ausspruch, daß ein bestimmtes Grundstück abgetreten werden müsse und die Zusicherung voller Entschädigung

für diese Abtretung in der gesetzlich bestimmten Weise. Die Rechtsbeständigkeit dieser Zusicherung lasse sich nicht vom privatrechtlichen Standpunkte aus beantworten. Der Staat handle kraft eines Hoheitsrechtes. Man dürfe daher auch nicht fragen, ob die Zusage durch Acceptation unwiderruflich geworden sey; diese Zusage bedürfe keiner Annahme; sie sey ein Gesetz und mit der Eröffnung bindend.

Allein auch diese Ansicht greift, im entgegengesetzten Sinne, zuweit, wie sich dies aus dem Nachstehenden ergeben wird.

3) Es ist Oben angeführt worden, daß die Zulässigkeit der eigentlichen Expropriation nach den vorliegenden Expropriationsgesetzen zu beurtheilen sey. Ein Gesetz muß vorhanden seyn, wenn sich die Expropriation in diesem Sinne überhaupt rechtfertigen soll. Wo nun durch ein solches Gesetz dem Exproprianten nachgelassen ist, nicht nur die völlige Abtretung von Grundstücken und deren Zubehörungen, bezüglich von Rechten und Gerechtigkeiten, sondern auch eine vorübergehende Benutzung und Belastung derselben zu beanspruchen, da liegt es ihm, wenn nicht das Gesetz geradezu etwas Anderes ausspricht, auch ob, sich sofort bei dem Beginne des Expropriationsverfahrens und jedenfalls vor irgend einem Eingreifen in das fremde Rechtsgebiet bestimmt über das Expropriationsobjekt, also darüber zu erklären, was er in Anspruch nehme. Diese Verpflichtung des Exproprianten, und das derselben entsprechende vollkommen begründete Recht des Expropriaten ergeben sich ohne Weiteres aus der Natur der Sache. Wäre dies nicht der Fall, so würde die Rechtslage des Expropriaten eine völlig unbestimmte und ungleiche seyn; es würde also das oberste Prinzip dieses Rechtsverhältnisses, das der völligen Entschädigung, wesentlich beeinträchtigt werden. Aber nicht schon durch den Expropriationsantrag, nicht schon durch den Ausspruch, daß und wie expropriirt werden solle, kann die entsprechende Entschädigungsforderung des Expropriaten zur Begründung kommen. Wäre dies der Fall, so würde auf der andern Seite zum Nachtheile des Exproprianten

eine Rechtsungleichheit hervortreten, welche sich ebensowenig rechtfertigen ließe. Gegen ihn wäre die Entschädigungsforderung nach dem Umfange des beanspruchten Objektes begründet; aber zu seinen Gunsten stünde nicht fest, daß und in welchem Umfange die Abtretung auch wirklich erfolgen müsse. Denn die Expropriationsgesetze lassen ja im Ganzen ohne Ausnahme Rechtsmittel — wenigstens einen Instanzenzug im Verwaltungswege — gegen die erste Entscheidung der Frage, ob und in welchem Umfange die Abtretung, Benutzung oder Belastung von Grundeigenthum stattfinden solle, zu. Der Expropriat also hätte sein volles Recht, nicht aber eine Verpflichtung, bevor die Sache nicht ausgetragen wäre. Während der Expropriat den gestellten Anträgen widerstrebte, wäre der Expropriant schon gebunden, ja er dürfte jene Anträge nicht einmal zurücknehmen.

Das Moment, mit welchem der Entschädigungsanspruch in dem, der Anforderung entsprechenden, Umfange eintritt, fällt vielmehr mit dem der Unabänderlichkeit des beanspruchten Expropriationsobjektes zusammen, das heißt mit andern Worten, die Expropriation wird in dem Momente perfekt, wo die Veränderung des Rechtszustandes eintritt, dergestalt, daß der Eigenthümer der Enteignung in der beanspruchten Weise unwiderruflich unterworfen ist und damit folgeweise zugleich einen Anspruch auf volle Entschädigung für das solchergestalt feststehende Expropriationsobjekt erlangt. Dieses Moment aber ist kein anderes, als das, wo sich der Expropriat dem, an die zuständige Behörde gebrachten und von dieser ihm mitgetheilten Expropriationsantrage in dem darin angegebenen Umfange entweder ausdrücklich oder stillschweigend — durch Ernennung eines Taxators, durch Verabsäumung der Einwendung der zulässigen Rechtsmittel innerhalb der dafür gesetzten Fristen oder dergleichen — unterwörfen, oder aber der Zeitpunkt, wo die gegen den Expropriationsanspruch zulässigen Rechtsmittel verbraucht sind. Nur in dem, gewiß kaum denkbaren, Falle würde die Expropriation sofort mit der Eröffnung des Anspruchs perfekt werden, wenn dieser Anspruch für den

Expropriaten unantastbar wäre, weil ihm dagegen ein Rechtsmittel von vorn herein nicht zustünde. Aber auch in einem solchen Falle würde es dem Expropriaten zustehen, **solange und insoweit als** der Expropriat der Enteignung widerspräche, gegen dieselbe vorstellig würde, von derselben zurück zu treten. Dies würde dann aber nicht auf die Begründung des Rechtsgeschäftes zu beziehen seyn, sondern auf dessen Wiederaufhebung: die perfekte Expropriation würde dann durch beiderseitige Willensäusserung aufgelöst.

In dem Momente des Perfektwerdens der Expropriation und deren Folgen zeigt sich eine wesentliche Verschiedenheit jenes unmittelbar auf einem einseitigen Akte beruhenden, mit dessen Unumstößlichkeit ebenfalls unumstößlich gewordenen, Rechtsverhältnisses gegenüber einem Kaufvertrage. Bei der Expropriation gehört die Feststellung der Entschädigungssumme lediglich in den Bereich des Ausführungsverfahrens; das Bestehen der Obligation ist unmittelbar durch die Feststellung des Expropriationsgegenstandes, für beide Theile, gegeben; bei dem Kaufe, dem Pachte, der Miethe, gehört die Bestimmung des Preises zu dem Wesen des Vertrags selbst. Zwar kann dieselbe auch eine mittelbare seyn,

fr. 7. §. 1, 2. fr. 37. D. de contr. emt. 18, 1.

und namentlich ist es zulässig, solche einem bestimmten Dritten

arg. fr. 25 pr. D. locati. 19, 2.

anheim zu geben.

§. 1. J. de emt. et vend. 3, 23,

Pretium autem constitui oportet; nam nulla emtio sine pretio esse potest. Sed et certum pretium esse debet; alioquin, si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit emta, inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, constaretne venditio an non. Sed nostra decisio hoc ita constituit, ut quoties sic composita sit venditio: quanti ille aestimaverit, sub hac conditione staret contractus, ut, siquidem ipse qui

nominatus est, pretium definierit, omnimodo secundum ejus aestimationem et pretium persolvatur et res tradatur, et venditio ad effectum perducatur, emtore quidem ex emto actione, venditore ex vendito agente; sin autem ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus quum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum, et in locationes et conductiones trahere.

c. ult. C. de contr. E. et V. 4, 38.

Super rebus venumdandis, si quis rem ita comparaverit, ut res vendita esset, quanti Titius aestimaverit, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus. Quam decidentes sancimus, cum hujusmodi conventio super venditione procedat: quanti ille aestimaverit, sub hac conditione stare venditionem, ut, siquidem ipse, qui nominatus est, pretium definierit, omnimodo secundum ejus aestimationem et pretia persolvi, et venditionem ad effectum pervenire, sive in scriptis, sive sine scriptis contractus celebretur, scilicet si hujusmodi pactum, cum in scriptis fuerit redactum, secundum nostrae legis definitionem per omnia completum et absolutum sit. Sin autem vel ipse noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto; nulla conjectura, immo magis divinatione in posterum servanda, utrum in personam certam, an in boni viri arbitrium respicientes contrahentes ad haec pacta venerint, quia hoc penitus impossibile esse credentes per hujusmodi sanctionem expellimus. Quod etiam in hujusmodi locatione locum habere censemus.

aber immerhin wird das Rechtsverhältniß in einem solchen Falle als ein bedingtes behandelt und man kann daher — anders als bei der Expropriation, zu deren Wesen die Feststellung der

Entschädigungssumme nicht gehört — nur insofern sagen, es liegt eine emtio et venditio perfecta vor, als ein Kaufvertrag allerdings geschlossen ist, keineswegs jedoch ist eine obligatio ex emto et vendito bis dahin vorhanden, wo die Erfüllung der Bedingung, der Ausspruch des bestimmten Dritten, erfolgt.

Göschen, Vorles. II. §. 495 a. E. S. 341.

Während aber die Wirkungen eines unter einer Bedingung abgeschlossenen Vertrages nach Eintritt der Bedingung auf die Zeit des Abschlusses selbst zurückgezogen werden, so daß also die Folgen eines im Betreff der Preisbestimmung durch einen bestimmten Dritten bedingten Kaufes nach eingetretenem arbitrium namentlich im Betreff der Gefahr und der Nutzungen dieselben sind, als wäre der Vertrag sogleich vollständig wirksam gewesen,

Göschen, Vorles. I. §. 99. II. §. 496.

ist derselbe als nicht geschlossen anzusehen, wenn das gewählte arbitrium ausfällt. Ganz anders ist dies bei der Expropriation. Fallen da die etwa gesetzlich von den Parteien zu wählenden Würderer aus, so wird dadurch das Rechtsgeschäft, die Expropriation, nicht im Geringsten berührt.

Mit der Beantwortung des Satzes, in welchem Momente die Expropriation perfekt werde, hängt dann, wenn die Gesetze hierüber nicht ausdrücklich Maß geben, zugleich die Entscheidung der weiteren Frage zusammen:

Von welchem Momente an der Anspruch auf Gewährung der Entschädigungssumme begründet sey?

Das ist aber der Natur der Sache nach und zufolge positiver Bestimmungen sofort mit dem Augenblicke der Fall, wo das Expropriationsobjekt unwiderruflich feststeht. Mit diesem Zeitpunkte ist das Recht, Entschädigung zu fordern, begründet. Es tritt daher die allgemeine Regel ein, daß dann, wenn es an einer Bestimmung fehlt, zu welcher Zeit eine Obligation zu erfüllen sey, die Forderung mit ihrem Entstehen fällig werde (et

cessit et venit dies); daß von da an die Erfüllung verlangt werden kann, daß sie von da an geleistet werden muß.

fr. 41. §. 1. D. de V. O.
fr. 14. D. de R. J.
fr. 213. D. de V. S.
§. 2. J. de V. O.

Das Ausbleiben der Erfüllung hat ohne weiteres zur Folge, daß die Klage erhoben werden kann; zur actio nata wird keine Mahnung erfordert.

Sintenis, Erläut. Bd. I. S. 286.
fr. 59. 137. §. 4. D. de V. O.

Allein schon das römische Recht erkennt an, daß es Fälle gebe, wo es sich von selbst verstehe, daß eine Frist zur Leistung gegeben sey,

fr. 21. §. 12. D. de recept. 4, 8.
fr. 23. i. f. D. de O. et A.
fr. 105. D. de solut.
fr. 186. D. de R. J. —
fr. 41. §. 1. fr. 60. 73. pr. D. de V. O.
fr. 2. §. 6. D. de eo quod certo loco.

deren Feststellung im Einzelfall dann der richterlichen Beurtheilung unterstellt wird,

fr. 137. §. 2. 3. D. de V. O.
fr. 5. §. 1. D. de collat. bonor.
Sintenis, prakt. gem. Civilrecht I. §. 31. Ziff. II. A. S. 290.

und so liegt es auch bei der Expropriation in der Natur der Sache, daß ungeachtet der früheren Begründung der Obligation die Pflicht zur Leistung der Entschädigung doch erst in einem spätern Augenblicke fällig wird, da dies eine nothwendige Folge der Art des regelmäßig erst nach der Begründung der Obligation stattfindenden Würderungsverfahrens ist.

Sintenis, Civilr. II. §. 91. S. 152.

Deshalb können denn auch Verzugszinsen für die Entschädigungssumme regelmäßig — wenn nicht durch besondere gesetzliche Bestimmungen etwas Anderes festgesetzt ist — nicht von dem Momente der Perfektion der Expropriation, sondern erst von dem Augenblicke gefordert werden, wo das Würderungsergebniß beiden Theilen bekannt gemacht worden und, falls nicht eine bestimmte Zahlungsfrist gesetzlich feststeht, (das Expropriationsgesetz v. 2. Februar 1842 für das Großherzogthum Sachsen-Weimar bestimmt §. 33 in dieser Hinsicht: „Die durch Vergleich oder Entscheidung festgestellte Entschädigungssumme ist von dem Eisenbahnunternehmer spätestens binnen vier Wochen, von Zeit des Vergleichs oder der geschehenen Eröffnung an, bei dem Gerichte der gelegenen Sache auszuzahlen. Diese Gerichtsstelle ist deshalb durch den Kommissar von dem Gegenstande der Entschädigung, von dem Entschädigungsberechtigten und von dem Betrage der Entschädigungssumme zeitig in Kenntniß zu setzen.") Seiten des Expropriaten eine Interpellation erfolgt ist, welche freilich nur rücksichtlich quantitativ bestimmter Leistungen von Wirksamkeit seyn kann. Denn erst mit dem Augenblicke, wo er von dem Würderungsergebnisse Kenntniß erlangt, kommt er in die Lage, Zahlung leisten zu können; erst nach der hiernach erfolgten Interpellation kann von einem Verzuge die Rede seyn.

Sintenis, l. c. I. §. 31. Ziff. II. 2. c. S. 292; II. §. 93. S. 177. ff.

v. Vangerow, Leitfaden III. §. 588. S. 194.

Eine andere Frage ist es, ob nicht, wie bei dem Kaufvertrage, bei welchem, wenn nicht auf Kredit gehandelt war, der Kaufpreis nach Empfang der Waare, ohne alle Rücksicht auf mora, verzinst werden muß, auch hier gesetzliche Zinsen von dem Zeitpunkte an gefordert werden können, wo der Expropriant zum Besitz und Genuß der Enteignung gekommen ist. Für eine analoge Anwendung jenes Rechtssatzes scheint die Betrachtung zu sprechen, daß bei der Expropriation die Entschädigung von Rechtswegen der Abtretung vorausgehen sollte, und

daß die Entschädigung keine vollständige seyn würde, wenn nicht in den Zinsen von der Entschädigungssumme auch noch eine Vergütung für die inzwischen entbehrte Benutzung zu leisten wäre.

fr. 13. §. 20, 21. D. de A. E. V. 19, 1.
c. 5. C. eod. 4, 49.
fr. 18. §. 1. D. de usur. 22, 1.
c. 2. C. eod. 4, 32.

Hieran reiht sich dann nothwendig die Frage: ob der Expropriat berechtigt sey, die Gegenleistung so lange zurückzuhalten, bis der Exproprіant seiner Verpflichtung nachgekommen ist, also bis dahin, wo er die Entschädigungssumme gewährt hat.

Bekanntlich hat bei gegenseitigen Obligationen das Ausbleiben der eigenen Leistung Einfluß auf die Möglichkeit, die eigene Forderung geltend zu machen;

v. Madai, Lehre von der mora S. 390.

es kann dem Fordernden von dem Angegriffenen entgegnet werden, daß er ja selbst seiner Obliegenheit aus dem Vertrage noch nicht nachgekommen sey.

Sintenis, l. c. II. §. 97. Ziff. II. 4. S. 283.

Und es scheint allerdings, daß sich bei der Expropriation die Rechtslage ähnlich der der reinen Vertragsverhältnisse gestaltet. Nach dem Obigen steht es mit dem Momente des Perfektwerdens der ersteren fest, was der Expropriat zu leisten habe; der Betrag der Gegenleistung aber, die Höhe der Entschädigungssumme, ist regelmäßig erst noch zu ermitteln. Bis dahin, wo dies geschehen und resp. Zahlung geleistet oder wenigstens offerirt ist, erscheint der Exproprіant im Allgemeinen, d. h. namentlich bei der Enteignung von Areal, und vorausgesetzt, daß das Gesetz, auf welchem die Expropriation beruht, nichts Abweichendes bestimmt, nicht berechtigt, die Abtretung oder Ueberweisung des Expropriationsobjektes zu erzwingen; dagegen aber ist der Expropriat, dem als Gläubiger überhaupt die Ermittelung der Forderungssumme obliegt,

Sintenis, l. c. II. §. 93. Ziff. 3, 4. S. 207.
gehalten, Alles zu thun und zuzulassen, was zu dieser Ermittelung gehört, und so löst sich praktisch die Frage dahin, daß zwar die Leistungen in der Hauptsache sich gegenseitig bedingen, daß aber die in der Mitte stehende Behörde dahin zu sehen hat, daß der Expropriat die Schritte geschehen läßt und resp. fördert, welche zur Feststellung der Entschädigungssumme nothwendig sind, also namentlich z. B. im Betreff der Vermessung des Areals, im Betreff der Würderung selbst u. s. w.

Eigenthümliche Verhältnisse liegen indeß vor, wenn es sich nicht um die Abtretung eines Grundstücks, sondern um eine vorübergehende Benutzung oder Belastung desselben fragt.

Auch da wird die Expropriation in derselben Weise perfekt, wie oben angegeben worden ist. Es ist also hier, wo das Expropriationsobjekt in einer Benutzung besteht, erforderlich, daß die Art und der Umfang der Benutzung, welche beansprucht wird, festgestellt sey und feststehe. Insoweit zeigt sich nichts Eigenthümliches. Aber wohl ist die Zeit der Entschädigung eine andere, als bei der Eigenthumsentäusserung, auch bietet die Feststellung derselben überhaupt nach Umständen besondere Schwierigkeiten. Es ist nemlich oft geradehin unmöglich, die Schadloshaltung für die Benutzung einer Sache sofort und bevor die Benutzung stattgefunden hat, zu bestimmen. Deshalb ist denn auch in den Expropriationsgesetzen regelmäßig Vorsehung getroffen, wie es in einem solchen Falle gehalten werden solle. So verordnet das Großh. Weimar'sche Gesetz v. 2. Februar 1842 über die Verpflichtung zur Abtretung von Grundstücken und zur Aufgabe damit zusammenhängender Rechte bei der Anlage von Eisenbahnen darüber Folgendes:

„Die Entschädigung, welche für die Abtretung eines Grundstücks, die Aufgabe eines Rechts, die Einräumung einer Befugniß verlangt werden darf, ist vor der Abtretung, Aufgabe oder Einräumung zu leisten, nur mit folgenden Ausnahmen und näheren Bestimmungen:

„1) ist ein unwiederbringlicher Nachtheil mit dem Verzuge verbunden, worüber Unser Kommissar und in zweiter Instanz Unsere Landesdirektion zu entscheiden hat, so darf der Eisenbahnunternehmer fordern, daß ihm der in Anspruch genommene Gegenstand schon vor erfolgter Ausmittelung des Entschädigungsbetrags überwiesen werde. Es ist aber in einem solchen Falle das Verfahren zur Ermittelung der Entschädigung sofort einzuleiten und ohne allen Verzug — in der Regel binnen sechs Wochen — zu beendigen, auch dem Entschädigungsbetrage die Verzinsung mit Vier vom Hundert jährlich, vom Tage der geschehenen Ueberweisung an, hinzuzufügen;

2) dieselbe Bestimmung wegen sofortiger Ueberlassung findet alsdann Anwendung, wenn die Benutzung oder Belastung fremden Eigenthums für einen vorübergehenden Zeitraum in Anspruch genommen wird und der Entschädigungsbetrag sich vorher mit Gewißheit gar nicht ausmitteln läßt. Erstreckt sich aber dieser Zeitraum über die Dauer eines halben Jahres hinaus, so darf der Entschädigungsberechtigte verlangen, daß sogleich nach Ablauf eines jeden halben Jahres, in welchem das zur Schadloshaltung verpflichtende Verhältniß stattgefunden hat, die Feststellung und Zahlbarmachung der Entschädigung erfolge;

3) diese Vorschrift tritt besonders auch dann in Wirksamkeit, wenn es erforderlich wird, einstweilen einen Weg über fremdes Grundeigenthum zu leiten, oder Material zur Eisenbahnanlage in fremdem Grundeigenthume zu gewinnen."

Wo sich aber eine Anordnung in dieser Beziehung nicht vorfindet, muß man sagen: wenn einmal die Befugniß gesetzlich zugestanden ist, die Benutzung von Grundstücken vorübergehend in Anspruch zu nehmen, kann dieselbe deshalb, weil die vorgängige unbedingte Feststellung der Entschädigungssumme außer dem Bereiche der Möglichkeit liegt, nicht beanstandet werden.

Es muß daher die Einräumung des Grundstücks Behufs der Benutzung erfolgen, wenn auch die Gegenleistung nicht vollständig und resp. überhaupt nicht dargeboten wird, falls dieselbe nur, wenn schon vorerst nur interimistisch, festgestellt ist. Zwar ist es in dem Prinzipe der vollen Entschädigung begründet, daß dieselbe auch rechtzeitig erfolge, und es muß daher auf diese rechtzeitige Entschädigung Rücksicht genommen werden; aber andererseits liegt es ganz in der Natur der Sache, daß die Schadloshaltung für entzogene Nutzungen nicht früher gewährt wird, als die Nutzung bezogen worden, als der Gebrauch beendigt ist, da sich Vorausbezahlung an sich nie von selbst versteht. Wollte man eine derartige Expropriation wie ein Miethverhältniß behandeln, so würde der Expropriat erst dann die Entschädigung fordern können, wenn die Nutzung vollendet ist. Es gilt da als Regel, daß der Miether regelmäßig erst nach gemachtem Gebrauch Zahlung zu leisten hat, vorausgesetzt, daß das locarium im Ganzen, nicht nach gewissen Zeiträumen, bestimmt ist, in welchem letzteren Falle die Rate nach diesem verfällt.

Glück, Erl. der Pand. XVII. S. 465.

Allein dies würde bei der Expropriation zu wahren Unbilden führen können, da dieselbe nicht auf freier Vereinbarung, sondern unmittelbar auf einem Gesetze beruht, der Expropriat also zunächst gar nicht in der Lage ist, durch Vorsicht seine Rechte zu wahren. Eine Beobachtung aller Verhältnisse führt daher dahin, daß man sagen muß, die Entschädigung für die Benutzung der Sache, welche das Expropriationsobjekt bildet, und die Zeit der Leistung derselben sey, bevor die Einweisung in das Expropriationsobjekt verlangt werden kann, durch das Urtheil der Sachverständigen festzustellen. Bei dieser Feststellung sind die laufenden ortsüblichen Miethpreise, die sich regelmäßig nach dem Nutzungsbetrage richten, und weiter die Zeiten, in denen ein solcher Miethzins regelmäßig zu Verfall kommt, zu beachten.

Wenn aber z. B. die Benutzung eines Gartengrundstücks

in Anspruch genommen wird, welches seiner Lage und Einrichtung nach zum Vergnügen des Eigenthümers gereicht und namentlich eigens zu diesem Behufe angeschafft oder eingerichtet worden, wird der Verlust des Gebrauchs zu diesem Zwecke allerdings mit als Gegenstand der Entschädigung anzusehen und das zu gewähren seyn, was der Eigenthümer zeitweise aufzuwenden hätte, wenn er sich denselben Nutzen, dieselbe Annehmlichkeit, durch eine bereits bestehende Anlage derselben Art verschaffen wollte, so daß mithin das interesse affectionis fr. ult. §. 2. D. de op. servor. 7, 7 an sich ausgeschlossen bliebe. Oefters wird, das muß zugegeben werden, der gemeine Nutzungswerth nach den ortsüblichen Preisen eine volle Entschädigung nicht gewähren, also auch nicht unbedingt zum letzten Maßstabe dienen können. Wenn namentlich die Benutzung eine tief eingreifende ist, wird selbst die Zeit, während deren dieselbe andauert, nicht immer die alleinige Grundlage der Entschädigung seyn, z. B. bei der Benutzung eines vorher fruchttragenden Grundstücks zur Gewinnung von Steinen; es wird vielmehr in einem solchen Falle auf den gemeinen absoluten, d. h. nicht erst durch die Expropriationsverhältnisse selbst herbeigeführten Werth der Ausbeute mit Rücksicht zu nehmen seyn. In derartigen Fällen wird dann die oben bezeichnete Feststellung der Entschädigung, von welcher die Einweisung in das Expropriationsobjekt abhängig ist, nur eine vorläufige seyn; und es muß sich dann am Ende der Benutzung durch eine weitere definitive Würderung, auf welche der Expropriat Anspruch zu machen befugt ist, zeigen, ob das, was als Zwischenentschädigung geleistet worden ist, dem Prinzipe der vollen Entschädigung entspricht. Eventuell müßte dieselbe erfüllt werden.

Die Frage, ob es dem Exproprianten zustehe, einen Gebrauch von der Sache zu machen, welcher die Substanz verändert, wird nach den Expropriationsgesetzen zu beurtheilen seyn. Enthalten diese hierüber ausdrücklich nichts, so läßt sich nur sagen, daß im Allgemeinen die Benutzung nur unbeschadet der Substanz

erfolgen dürfe. Dabei wird man freilich der Natur der Sache Rechnung zu tragen haben und nicht sagen mögen, es liege schon eine Veränderung der Substanz eines Grundstücks in der Errichtung eines Gebäudes, welches ohne Schwierigkeit und ohne Spurlassung nach gemachtem Gebrauche wieder entfernt werden kann — wenn schon sich hierfür im Röm. Rechte keine Anhaltepunkte finden sollten.

fr. 13. §. 4, 7, 8, fr. 44, 61. D. de usufr. 7, 1.
fr. 5. §. 3. D. quib. mod. ususfr.

Man wird vielmehr die obige Frage in der Weise zu beantworten haben, daß man wesentlich auf die Bestimmung des benutzten Grundstücks sieht, dergestalt, daß eine Veränderung der Substanz nur dann gefunden wird, wenn der frühere Zustand im Bezug auf diese Bestimmung in einer solchen Weise verändert wird, daß die Wiederherstellung desselben entweder wirklich nicht geschehen kann, oder doch gegründeten Zweifeln unterliegt. Aus diesem Grunde würde wohl auch regelmäßig das Ausbrechen von Steinen bei der Benutzung eines fruchttragenden Grundstücks, die Eröffnung eines Steinbruchs, zuzulassen seyn, vorausgesetzt, daß das Grundstück später wieder in den vorigen Stand gesetzt wird — unter Berechnung des gewonnenen Materials nach absoluten ortsüblichen Preisen bei definitiver Feststellung der Entschädigungssumme — : eine Meinung, wofür sich ebenfalls kein unbeschränkter Anhalt im R. R. findet,

fr. 9. §. 2, 3. fr. 13. §. 5. D. de usufr. 7, 1.
fr. 32. D. de jure dot. 23, 3.
fr. ult. D. de fund. dot. 23, 5.
fr. 7. §. 12, 13. fr. 8. pr. sol. matr. 24, 3.
Glück, XXV. S. 113.
Mühlenbruch, Lehrbuch der Pand. II. §. 286. und bei nota 9.

für welche aber spricht, daß, wenn im Allgemeinen die vorübergehende Benutzung von Grundeigenthume nachgelassen wurde,

ohne daß sich in den Gesetzen bestimmte Beschränkungen finden, diese Beschränkungen nicht ohne Rücksicht auf die sonstigen Verhältnisse aus Regeln entnommen werden dürfen, welche für durchaus anders gestaltete Rechtsinstitute gegeben sind, obschon damit keineswegs gesagt werden soll, daß nicht ganz entsprechende Analogieen auch bei dieser Frage im R. R. gefunden werden könnten.

— si fundi est ususfructus legatus, non debet neque arbores frugiferas excidere. —

Uebrigens ist es, wie erwähnt, Verpflichtung des Exproprianten, das Expropriationsobjekt alsbald genau zu bezeichnen, was indeß nicht ausschließt, daß später ein Mehr in Anspruch genommen werden dürfe, nur geschieht das nothwendig ganz in derselben Weise, als fände eine neue Expropriation statt. Beansprucht nun der Expropriant die Benutzung einer Sache, während der Expropriat wegen der mit derselben verbundenen Veränderung der Substanz die völlige Uebernahme und eine entsprechende Entschädigung hierfür fordert, so wird diese Frage in dem für die Feststellung der Pflicht zur Abtretung geordneten Wege vor allen Dingen zur Entscheidung zu bringen seyn. Ist aber dann das Expropriationsobjekt festgestellt, so hat sich der Expropriant innerhalb der festgestellten Grenzen zu halten; überschreitet er dieselben, so haftet er je nach Umständen auf das Interesse und selbst wegen des den Gegenstand betreffenden zufälligen Schadens und Unterganges.

fr. 11. §. 1. fr. 12. 13. §. 3. D. locati 19, 2.

Die Aehnlichkeit der Expropriation mit einzelnen Vertragsverhältnissen führt hiernächst auf eine Vergleichung der Rechtslage jener unter ähnlichen Vorkommnissen, wie bei diesen. Allgemeine Rechtsgrundsätze müssen auch bei der Expropriation Anwendung leiden, es ist dabei aber stets der Charakter derselben, das Gesetz, ins Auge zu fassen.

Dies tritt hervor bei der Frage, wenn der Expropriat nicht Eigenthümer des Objektes, wenn er Nichtberechtigter ist. Die

Expropriation ist dann nothwendig als nicht geschehen anzusehen; das deshalb geordnete Verfahren muß, wenn es der wahre Berechtigte verlangt und derselbe nicht etwa nach Maßgabe der besondern gesetzlichen Bestimmungen mit seinem Einspruche präcludirt ist, diesem gegenüber, von Neuem vorgenommen werden. Außerdem würden demselben ungerechtfertigter Weise Rechte abgeschnitten, z. B. die Berufung u. s. w.

Dem Exproprianten haftet der Nichtberechtigte in einem solchen Falle, wenn sich derselbe wissentlich ohne Rechtsverbindlichkeit der Expropriation unterzog und zwar dann auf das volle Interesse, außerdem nur hinsichtlich der empfangenen Entschädigung. Die Gründe, welche die weitergehende Haftpflicht des Vermiethers, der ohne Kenntniß seiner Nichtberechtigung handelte, herbeiführen,

fr. 7, 8, 9. pr. fr. 15. §. 8. D. locati.

Unterholzner, Schuldverh. II. S. 383. f.

oder des Verkäufers,

fr. 11. §. 8. fr. 30. §. 1. D. de A. E.

fr. 8. D. de evict.

fr. 66. pr. D. de contr. E.

fr. 19. pr. D. de evict.

fr. 8, 18. pr. 60, 70. D. eod.

c. 6. C. eod.

S. auch fr. 45. D. de contr. E.

fr. 6. §. 4. fr. 11. §. 7, 8. fr. 13. pr. §. 1. D. de A. E.

Keller, in Sells Jahrb. III. S. 92. ff.

Unterholzner, im Arch. VI. S. 109. ff.

liegen bei der Expropriation nicht vor. Hier ist der Charakter des Zwanges, des Gesetzes, maßgebend und entscheidend. Uebrigens liegt es in der Natur der Sache, daß der Expropriat für Fehler des Gegenstandes nicht einzustehen habe, insofern nicht das Resultat der Würderung wegen eines nicht erkennbar gewesenen und deshalb unbeachtet gebliebenen Umstandes angefochten werden

kann. Auch halte ich einen Anspruch auf Remission an dem Entschädigungsbetrage, wie sie bei der locatio hinsichtlich des Pachtgeldes vorkommt,

Göschen, Vorles. II. §. 510.

für nicht wohl zu begründen, weil der Expropriat die Benutzung gestatten muß, also gar nicht in der Lage ist, durch Vorsicht, dadurch, daß er dieselbe von der Entsagung auf den Remiß abhängig macht, einen dadurch für ihn erwachsenden Schaden abzuwenden. Freilich ist der Expropriat überhaupt in einer andern Stellung, als der frei Veräußernde, welcher auch einen, den wahren Werth weit übersteigenden, Preis fordern und sagen kann, er verkaufe eben nicht, wenn man seine Forderung nicht bewillige. Deßungeachtet scheint dies der ausgesprochenen Ansicht nicht entgegen zu treten. Denn ein solcher Remiß wird ja nur bei bedeutenden und selten vorkommenden. Schäden gewährt, und die Erfahrung lehrt, daß die Erpachter auf die Verzichtsbedingung kein solches Gewicht legen, daß sie nicht deßungeachtet den regelmäßigen durchschnittlichen vollen reinen Nutzüngswerth gewähren sollten, was hier um so mehr von Bedeutung ist, als namentlich solche außerordentliche Schäden, auf deren Ausgleichung vielleicht noch am schwersten verzichtet würde, wie z. B. auf die durch Hagelschlag zugefügten, auf die Nutzung bei einer Zwangsenteignung zumeist ohne allen Einfluß sind, weil diese gar nicht den Zweck haben, derartige Früchte zu erzielen. Nach der Natur dieses Rechtsverhältnisses halte ich es regelmäßig nicht für zulässig, den Beweis zu erfordern, daß der Expropriat, wenn er, bei voller Freiheit in der Willensbestimmung, den Verzicht zur Bedingung gemacht hätte, also von einem Dritten dasselbe Pachtgeld erhalten haben würde, welches der Expropriant an sich gewährt. Denn es würde dies eine nach den für das Rechtsverhältniß geltenden allgemeinen Grundsätzen nicht zu rechtfertigende Begünstigung des Zwangsentäußerers enthalten, welcher den Gegentheil nöthigt, sich zu fügen, ohne sich nach allen Seiten hin sichern zu können; welcher eine Rechtslage herbeiführt,

die von der der freien Verkehrsverhältnisse so wesentlich verschieden ist, Umstände, auf welche bei der Würderung Seiten der Schätzer gewiß überall Rücksicht genommen wird. Jener Beisatz würde daher in der That den Expropriaten verletzen. Aber auch selbst dann wäre derselbe im Nachtheile, wenn man den Nachweis verlangen wollte, daß die Würderer denselben Pachtgelder- oder Entschädigungsbetrag festgestellt haben würden, wenn sie gleich anfangs angenommen hätten, daß der Expropriant auf einen Remiß verzichten solle, weil es augenscheinlich etwas ganz anderes ist, ob die Frage zur Beantwortung vorgelegt wird, wenn ein außergewöhnliches Ereigniß blos möglich, oder, wenn dasselbe nun wirklich eingetreten ist.

Der Einfluß der Veräußerung des in Folge der Expropriation benutzten Objektes von Seiten des Expropriaten, oder der letztwillige Uebergang desselben durch Singulartitel an einen Dritten ist von dem gleichen Falle bei der auf freier Willensbestimmung beruhenden Verpachtung wesentlich verschieden. Bei der letzteren bestimmt sich die Rechtslage durch das Vertragsverhältniß; eine Folge davon ist es namentlich, daß der neue Eigenthümer den Pachter austreiben darf, weil dem Rechte des neuen Eigenthümers, als solchen, das auf einer obligatorischen Handlung des bisherigen Eigenthümers beruhende Recht Dritter, die Sache zu haben und zu nutzen, nicht entgegengesetzt werden kann;

fr. 120. §. 2. D. de leg. I.
c. 9. C. loc. 4, 65.

während es sich andererseits von selbst versteht, daß durch Cession des Rechtes aus einem Mieth- oder Pachtvertrage immer nur der Anspruch des Cedenten, nicht auch das gegenseitige Rechtsverhältniß, Gegenstand der Abtretung seyn kann, wie überhaupt Rechte, welche mit Verbindlichkeiten gemischt sind, nicht cedirt werden können.

Mühlenbruch, Cession dritte Aufl. S. 310. ff.
Thibaut, System achte Aufl. §. 532.

Die Expropriation dagegen hat wesentlich einen dinglichen Charakter; sie beruht daneben auf einem Gesetze, sie ist ein Gesetz, bestimmt sich also nicht, wie dort, aus dem Vertragsverhältnisse zwischen den Kontrahenten. Der in einer Benutzung bestehende Expropriationsgegenstand kann in Folge einer Singularsuccession dem Exproprianten nicht entzogen werden, weil die Natur des Rechtsverhältnisses einer solchen Anforderung entgegentritt. Man kann nur zugeben, daß der neue Eigenthümer dem Exproprianten gegenüber einen Anspruch auf die Entschädigungsgelder insoweit habe, als er diesem die Nutzungen gewährt und als jene Gelder nicht bereits an den frühern Eigenthümer berichtigt sind. Insoweit letzteres der Fall ist, steht dem neuen Eigenthümer schon deshalb kein Recht gegen den Exproprianten zu, weil sich dasselbe, bei dem dinglichen Charakter der Expropriation, überhaupt nur aus einer, ausdrücklichen oder stillschweigenden, Cession ableiten läßt.

Mühlenbruch, a. a. O. S. 313.

Die weitere Frage, wie sich der Expropriat bei einer Ueberschreitung der Nutzungsbefugniß Seiten des Exproprianten im Betreff des Expropriationsgegenstandes schützen könne, hat wohl selten praktische Bedeutung. Es kommt zuletzt regelmäßig auf den Zustand der Sache an, zu der Zeit, wo dieselbe zurückgegeben wird.

arg. fr. 20. §. 1. D. de praescr. verb.
§. 5. J. loc.
fr. 6. D. eod. 19, 2.

Indeß bietet das Expropriationsverhältniß selbst Rechtsmittel zum Schutz, welche aus der Feststellung des Expropriationsgegenstandes hervorgehen. Auch wird unter Umständen eine actio Legis Aquiliae statthaft seyn.

Göschen, Vorlesungen II. §. 396, 588.
fr. 13. §. 2. D. de usufr. 7, 1.

Dagegen kann der Expropriat eine Sicherstellung, wie sie im R. R. beim Usufruktus vorkommt,

fr. 13. pr. D. eod.

fr. 1. pr. D. usufr. quemadm. caveat.

nicht beanspruchen, ebensowenig als er, wie dies bei einer Pachtung der Fall ist, nach der Natur des Rechtsverhältnisses eine Aufhebung desselben verlangen kann, wenn der Expropriant mit dem Gegenstande ungehörig umgeht.

fr. 54. §. 1. D. locati 19, 2.

c. 3. C. eod.

Nov. 120. c. 8.

c. 3. X. de locato.

VIII.

Ueber richterliche und außergerichtliche, von Anwalt zu Anwalt zu führende Prozeß-Verhandlung.

Von

Herrn Hofgerichtsrath **Geran** in Darmstadt.

Die Prozeßleitung bildet eine der Grundformen, in welchen sich das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach der französischen Prozeßgesetzgebung von demjenigen nach deutschem Prozeßrechte wesentlich unterscheidet.

Die französische Prozeßgesetzgebung hat die Thätigkeit des Richters, soweit es ihr möglich geschienen, auf das Rechtsprechen beschränkt und in Folge dessen die Function der Entscheidung von der Leitung der hierzu erforderlichen Verhandlung isolirt und auch die Urtheilsvollziehung aus der Sphäre des Richteramts ausgeschieden. Die regelmäßige prozessualische Verhandlung ist nach der französischen Gesetzgebung den avoués (Anwälten) unter Vermittelung und Mitwirkung der Huissiers und des Gerichtsschreibers überlassen und die Vollstreckung der gefällten Erkenntnisse den Huissiers als von den unmittelbaren Befehlen und der unmittelbaren Einwirkung der Gerichte auf das Innere ihrer Thätigkeit unabhängigen Organen der vollziehenden Gewalt, der Regierung überwiesen, welche der mangelhaften disciplinären Aufsicht des Staatsprocurators und der nur auf besondere Anregung thätigen

disciplinären Gewalt der Gerichte als vorgesetzten Collegien untergeben sind. Das deutsche Staats- und Prozeßrecht dagegen hat dem Begriffe der Jurisdictio eine weitere Ausdehnung gegeben, es betrachtet die zur Urtheilsfällung nöthigen vorbereitenden Verhandlungen unter den Parteien nicht nur, sondern auch die Vollstreckung der gefällten Erkenntnisse von Seiten der erkennenden Gerichte mittelst äußeren Zwangs durch Gerichtsdeputirte, oder durch ihren unmittelbaren Befehlen und Einwirkungen untergebene, nur nach ihrem jedesmaligen Auftrag und ihren Weisungen handelnde, Beamte als ein in natürlichem Zusammenhange stehendes, ohne Unzuträglichkeiten nicht zu trennendes Ganze. Der Richter ist nach unserm deutschen Prozeßrechte, wie v. Allmendingen sagt, „die Seele des Drama's." Die Frage, welche der beiden verschiedenen Anordnungen den Vorzug verdient? nimmt eine besondere Aufmerksamkeit um so mehr in Anspruch, als deren Lösung von wesentlichem und durchgreifendem Einflusse auf das ganze System des Verfahrens ist, die eine wie die andere Form gerade mit den wesentlichsten Grundsätzen des französischen resp. deutschen Prozeßrechts in innigem Zusammenhange steht.

Die französische Prozeßgesetzgebung hat herrliche, achtungswürdige, von jeder Gesetzgebung, welche dem Geiste und Bedürfnisse der jetzigen Zeit genügen will, festzuhaltende Grundideen und Grundformen in sich aufgenommen, allein die Ausführung ist meistens unvollkommen, sie hat auch viele verwerfliche Grundprincipien, das Verfahren leidet an vielfachen großen Gebrechen und Unvollkommenheiten.

Mit vieler Wahrheit und Bedeutung sagt v. Allmendingen: „Was die deutsche von der französischen Nationalität trennt, soll auch die Gerichtsverfassung beider Nationen unterscheiden, denn gerade hierin spricht sich der Nationalcharacter bezeichnungsvoll aus!"

Der Geist unserer deutschen Prozeßgesetzgebung betrachtet die materielle Seite des Rechts als den Hauptpunkt und Zweck der ganzen Justizverwaltung, dieser Geist aber soll und wird in jeder

neuen deutschen Gesetzgebung aufrecht erhalten werden. Der Prozeß soll das ideale Recht in das wirkliche Leben übertragen, die Rechtsverwirklichung ist sein Ziel, er ist sonach um der Verwirklichung des Rechts willen geschaffen, das Mittel zum Zwecke. Er soll darum auch dem Zwecke sich anpassen, nicht die Stellung der Mittel zum Zwecke übertragen. Die französische Prozeßgesetzgebung hat dagegen den Grundsatz: la forme emporte le fond!

Große und geistvolle Gelehrte im Prozeßrechte haben sich gegen die außergerichtliche Prozeßverhandlung von Anwalt zu Anwalt ausgesprochen, wie Gönner im Handbuche des Prozesses Bd. I. S. 229, v. Allmendingen, Mittermaier [1]), selbst der begeisterte Lobredner der französischen Gerichtsinstitutionen Alexander Müller in seinem Werke über das Institut der Staatsanwaltschaft, Leipzig 1825, S. 165, v. d. Rahmer im Archiv für civil. Praxis Bd. 10, S. 113, und der daselbst alleg. Clr. v. Reibnitz und sehr entschieden insbesondere Feuerbach in seinem Werke über Mündlichkeit und Oeffentlichkeit der Rechtspflege, welcher sich S. 261 u. f. Bd. II wörtlich hierüber also ausspricht, und zwar auf den Grund seiner in Frankreich gesammelten Erfahrungen und Erkundigungen: „Die französische Form dieses zusammengesetzten schriftlichen und mündlichen Verfahrens leidet so unverkennbar an Gebrechen, welche nur grobe Unwissenheit nicht sehen, nur blinde Parteileidenschaft ableugnen mag, und gegen welche sich — mit alleiniger Ausnahme der avoués und Huissiers — in Frankreich alle Stimmen klagend erheben. Das wesentlichste Gebrechen, das alle Theile dieser Prozeßart — des schriftlich-mündlichen Verfahrens — verderbend durchdringt, in Frankreich aber so tief in uralten Gewohnheiten eingewurzelt, mit vielen anderen Einrichtungen so eng verflochten, durch das Interesse

---

[1]) Archiv für civil. Praxis Bd. 17. S. 295, 300. Der gemeine deutsche Prozeß II. Beitrag S. 70.

großer Corporationen so sehr beschützt ist, daß dort an eine gründliche Heilung desselben kaum gedacht werden kann, besteht in der schriftlichen außergerichtlichen Instruction der Sache durch die avoués unter Vermittelung der Huissiers. Das Schicksal der Rechtsstreite ist dadurch ganz in die unbewachten Hände einer eng verbrüderten Gilde gelegt, welche nur von Prozessen lebt, durch Mißbräuche und Chikane sich bereichert und in ihrem Thun und Treiben eben so wenig die ganz von ihr abhängenden Rechtsuchenden zu scheuen, als die Aufsicht eines den Prozeß leitenden, seinen Anordnungen Nachdruck gebenden Richters zu fürchten hat" rc. Im Canton Genève, wo seit 1798 französische Institutionen in Geltung waren, ist in der 1818 zum Gesetze erhobenen neuen bürgerlichen Prozeßordnung die bis dahin bestandene außergerichtliche Prozeßinstruction wieder abgeschafft worden, weil nach den Motiven diese Methode durch die Erfahrung äußerst fehlerhaft befunden worden.

Ueberhaupt hat, soweit aus den von Mittermaier im Archiv für civilistische Praxis gegebenen Mittheilungen über die Ergebnisse der neuesten Gesetzgebungen zu ersehen ist, keine neuere Gesetzgebung, auch nicht das nach dem Muster der französischen Gesetzgebung bearbeitete Prozeßgesetzbuch für das Waadtland, die außergerichtliche Prozeßinstruction durch Anwälte aufgenommen, eben so wenig der Entwurf einer Prozeßordnung für Baiern von 18²⁵/₂₇, dagegen aber der Entwurf von 1831, jedoch mit der Vorschrift, daß die Schriften dem Gerichte demnächst übergeben werden, dann erst die Sitzung anberaumt wird und solche die Grundlage der mündlichen Verhandlung abgeben. Die Verfahrensweise dieses Entwurfs verursacht aber, abgesehen von allen anderen Nachtheilen, jedenfalls größeren Verschleif, wie die richterliche Prozeßleitung insbesondere bei dem den Anwälten gestatteten — den Zweck des Vorverfahrens vereitelnden — unbeschränkten Rechte, in der Sitzung neue Thatsachen vorzubringen, wodurch in der Regel mehrere Sitzungen nöthig werden, und bei der Befugniß der Gerichte schriftliche Nachverhandlungen anzu-

ordnen [*]). Eine unbefangene sorgfältige Prüfung dieser außergerichtlichen Prozeßinstruction von Anwalt zu Anwalt hat auch mich zu der Ueberzeugung der Verwerflichkeit und insbesondere der Unvereinbarlichkeit dieser Anordnung mit den ehrwürdigsten Grundprincipien und Grundformen unseres deutschen Prozesses geführt, bei mir die Ueberzeugung begründet, daß der Grundsatz der Beschränkung des Richteramts auf die Function des Rechtsprechens zu einem unnatürlichen, dem wissenschaftlichen Begriffe wie dem Zwecke des Verfahrens nicht entsprechenden Organismus der Rechtsverwaltung führt.

Auch bei redlichen Anwälten sind die Nachtheile eines solchen Verfahrens so augenfällig, es ist fehlerhafte unvollständige Einleitung und Leitung der Prozesse, das Entstehen der frivolsten, von vornherein für verwerflich zu erkennenden Prozesse so wenig zu vermeiden, dem Richter überhaupt die zweckgemäße rasche Instruction der Prozesse auf dem einfach kurzen Wege so völlig aus der Hand gewunden, daß der unbefangene Beurtheiler nicht anders als in einer solchen Einrichtung einen Grundfehler einer Prozeßgesetzgebung erblicken kann.

Die im französischen Prozesse aus der außergerichtlichen Prozeßleitung sich ergebenden großen Nachtheile können auch zum größten Theile durch die Gesetzgebung nicht beseitigt werden, indem namentlich die heilsamsten und ehrwürdigsten Grundsätze unsers deutschen Prozesses mit jener Einrichtung nicht in Verbindung gebracht werden können.

Für jede Parteihandlung muß — sey es durch das Gesetz oder das Richteramt — eine Frist vorgeschrieben werden. Ein

[*]) In einem im 4. Bande des niederrheinischen Archivs ꝛc. (Köln 1819) erschienenen Aufsatze über die Vorzüge des öffentlichen mündlichen Gerichtsverfahrens äußert sich der Verfasser dahin: derjenige, welcher die rheinischen Juristen kennt, kann gewiß mit vollem Fug versichern, daß kaum $1/_{12}$ dem rein französischen Prozesse hold sind. Alle aber wünschen das mündliche Verfahren beibehalten zu sehen ꝛc.; siehe auch Archiv für civil. Praxis Bd. 17. S. 294.

Anwalt kann dem andern ebenso wenig eine Frist vorschreiben, wie ein untergeordneter Diener des Gerichts, es müssen also bei der außergerichtlichen Prozeßleitung von Anwalt zu Anwalt von dem Gesetze selbst für die Erwiederung der gegentheiligen Schriften Fristen bestimmt werden. Das Gesetz kann aber in seinen Bestimmungen nicht auf die Eigenthümlichkeit und das Bedürfniß des einzelnen besondern Falles Rücksicht nehmen und die Ueberwachung der gehörigen Einhaltung dieser Fristen erfordert weitläufige Anordnungen, wie das französische Verfahren in solchen Fällen darlegt.

Und welche Anordnungen soll die Gesetzgebung für die Fälle treffen, wann Fristerstreckungen, Wiederherstellung gegen Fristversäumnisse, provisorische Anordnungen, sonstige Zwischenmaaßregeln, welche obrigkeitliche Gewalt voraussetzen, nachgesucht werden, was in keiner Prozeßgesetzgebung verhütet werden kann? Hier muß bei außergerichtlicher Prozeßinstruction jedesmaliges Anrufen des Richteramts mittelst Einreichung besonderer Vorstellungen zum Behuf der geeigneten Beschlußnahme eintreten, welche, da das Gericht die nöthigen Aufschlüsse nicht aus seinen Acten einziehen kann, in der Regel die Nothwendigkeit der jedesmaligen Einforderung der Vertheidigung des Gegners und in vielen Fällen der gepflogenen Verhandlung, also ein besonderes Zwischenverfahren, herbeiführen. Bei dieser außergerichtlichen Prozeßleitung durch die Anwälte wird die bei dem Verhandlungsprincipe unentbehrliche und durch den Zweck des Verfahrens gebotene Berechtigung und Verpflichtung des Richters zur Ueberwachung der Vollständigkeit, Zweckmäßigkeit und Präcision des Parteienvorbringens innerhalb der Grenzen und des Grundes und Antrags der Klage und Einreden unmöglich gemacht, der Richter kann höchstens in der öffentlichen Sitzung unmittelbar vor der Aburtheilung durch Fragen die nöthige Bestimmtheit in die Verhandlung bringen, wenn die Parteien den guten Willen haben, alsbald darauf zu antworten. Consequent kann der Grundsatz der außergerichtlichen Prozeßleitung durchaus nicht durchgeführt werden,

wie selbst der französische Prozeß darlegt, in welchem während der Verhandlung, sobald nur etwas Außergewöhnliches vorkommt, Gesuche an den Präsidenten selbst im Interesse der Prozeßleitung stattfinden und eine Menge Zwischenverhandlungen entstehen.

Man fragt mit Recht nach den Gründen, warum denn eigentlich die Instruction des Prozesses dem richterlichen Wirkungskreise, welchem sie der Natur der Sache nach angehört, entnommen und den Anwälten überwiesen werden soll, da die Mitwirkung des Richters bei der Prozeßleitung jedenfalls in vielen und gerade in den wichtigeren Punkten nicht entbehrt werden kann, auch bei Aufschluß der richterlichen Prozeßleitung, die Leitung und Vermittelung der Verhandlungen durch andre mit öffentlichem Glauben und obrigkeitlicher Gewalt bekleidete Beamte nothwendig und unentbehrlich wird, die Verhandlungen aber ihrer wahren Bestimmung gemäß für den Richter bestimmt sind, und der Richter, welcher entscheiden soll, der Natur der Sache nach auch die für diesen Zweck nöthigen vorbereitenden, ihn über Angriff und Vertheidigung aufklärenden Handlungen der Parteien anzuordnen hat, und zwar so, wie sie für die zweckgemäße Vornahme des von ihm begehrten Actes gesetzmäßiger Entscheidung nöthig sind. Bei unbefangener und sorgfältiger Erwägung vermag ich, wie schon bemerkt, keine Gründe zu erkennen, welche die Lostrennung der der Entscheidung vorangehenden Verhandlungen von der Function des Richteramts als für die Zwecke der Rechtspflege ersprießlich empfehlen könnten. Es kann eine solche Anordnung mit dem eigentlichen Zwecke der Verhandlung nicht vereinbart, durch solche weder Abkürzung der Verhandlungen und der Schreiberei erzielt, noch die Unbefangenheit der Richter und die Reinheit der richterlichen Stellung gefördert werden. Im Gegentheil nur überwiegende Nachtheile vermag ich zu ersehen. Zur anschaulichen Bestätigung dieser Behauptung füge ich eine kurze Darstellung des Verfahrens bei, wie solches sich bei richterlicher Prozeßleitung und wie in dem französischen Prozesse gestaltet. Die Verbindung der außergerichtlichen Prozeßinstruction mit dem mündlichen proto-

kollarischen Verfahren würde einen Widerspruch in Grund und Zweck enthalten und zur Ungereimtheit führen. Es kann solche also nur beim schriftlich-mündlichen Verfahren stattfinden.

Im schriftlich-mündlichen Verfahren, und dieß soll meiner Ansicht nach vor Collegialgerichten die unbedeutenderen, überhaupt summarisch zu behandelnden Sachen ausgenommen — die Regel bilden, wird bei richterlicher Prozeßleitung die Klage dem Beklagten zur Erklärung durch den Richter zugefertigt, dessen Erklärung dem Kläger nur in dem Falle, wo eigentliche Einreden vorgetragen sind, zur Gegenerklärung und diese dem Beklagten in der Regel nur zur Nachricht, alsdann das Urtheil beiden Theilen mitgetheilt, also vier Verfügungen.

Bei den Collegialgerichten kommt noch hinzu, Vorladung zur mündlichen Verhandlung vor Gericht, welche mit der Mittheilung der Gegenerklärung zur Nachricht verbunden werden kann, Anhörung des Vortrags der Anwälte in der Sitzung, wogegen das Urtheil mündlich in der Sitzung verkündet wird, also regelmäßig die besondere Mittheilung durch einen Beschluß des Gerichts wegfällt, so daß also bis dahin, wo das erste Urtheil in die Hände der Parteien kommt, fünf bis sechs richterliche Handlungen eintreten müssen.

Die Parteien haben im schriftlich-mündlichen Verfahren im Ganzen fünf Handlungen einschließlich des mündlichen Vortrags vorzunehmen. In der Regel hat also in Folge der Prozeßleitung der Richter in jedem Abschnitte des Verfahrens drei bis vier prozeßleitende Verfügungen, deren ein Richter ohne alle Anstrengung in einem halben Tage dreißig erlassen und welche die Gesetzgebung bei Collegialgerichten dem Referenten unter Controle des Präsidenten überlassen soll, welche also den Gerichten nur eine kaum erwähnenswerthe Arbeit verursachen. Das gewöhnliche Verfahren nach der französischen Prozeßgesetzgebung gestaltet sich vor den Kreisgerichten als ordentlichen Gerichten erster Instanz im ordentlichen Verfahren in folgender Weise:

Der ordentliche Prozeß beginnt mit einem sogenannten exploit

d'assignation oder d'ajournement, welcher die Eigenschaft eines Klaglibells und einer Ladung vereinigt, er wird von dem Huissier ausgefertigt und dem Beklagten zugestellt.

Er bezeichnet den Kläger, den Beklagten, den Streitgegenstand, den thatsächlichen Grund der Klage und den Klageantrag, es muß Abschrift oder Auszug derjenigen Urkunden, auf welche der Anspruch gestützt werden soll, beigelegt werden, er bestimmt den Tag — mit mindestens acht Tagen Zwischenraum, — an welchem der Beklagte in der Audienz des Gerichts erscheinen soll. Der Beklagte ist nicht verpflichtet, auf diesen Tag im Gerichte zu erscheinen, er muß nur bis zu diesem Tage einen Anwalt bestellen und durch den Huissier dem klägerischen Anwalt diese Bestellung in einer kurzen schriftlichen Benachrichtigung bekannt machen.

In vierzehn Tagen von Bestellung des Anwalts an muß der Beklagte seine von seinem Anwalt unterzeichnete Erklärung auf die Klage dem Anwalt des Klägers durch den Huissier zustellen lassen. Sie muß das Anerbieten enthalten, die Beweisstücke entweder freundschaftlich von Anwalt zu Anwalt oder vermittelst der Gerichtsschreiberei mitzutheilen.

In acht Tagen nach erhaltener Erklärung des Beklagten hat der Kläger seine Gegenerklärung durch seinen Huissier dem Anwalt des Beklagten mitzutheilen. Derjenige der beidertheiligen Anwälte, welcher die Sache zur Audienz bringen will — denn alle zuvor bestimmten Fristen ziehen im Versäumungsfalle nicht den Verlust der Rechtsvertheidigung nach sich — hinterlegt eine kurze Bittschrift an den Präsidenten des Gerichts auf der Gerichtsschreiberei, worin er um Bestimmung eines Tages zum mündlichen Vortrage der Sache bittet, der Präsident schreibt auf solche den Audienztag, und es wird eine von dem Gerichtsschreiber beglaubigte Abschrift dieses Beschlusses dem Antragsteller zugefertigt und nun die Sache in die Prozeßrolle eingetragen. Der die Audienz betreibende Anwalt ladet nun in einem kurzen, durch den Huissier zu insinuirenden, Privatschreiben den gegnerischen Anwalt auf den bestimmten Tag in die Gerichtssitzung.

Wenigstens drei Tage vor dem bestimmten Audienztage hat jeder der beidertheiligen Anwälte die schriftlichen Anträge — conclusions, — mit welchen er in der Audienz auftreten will, dem Gegner außergerichtlich durch den Huissier mitzutheilen, widrigenfalls der solches Versäumende nicht zum Vortrage gelassen wird, in welchen der Streitgegenstand zu bezeichnen und der Schlußantrag von jeder Partei zu stellen ist. Der betreibende Anwalt hat überdieß vor der Audienz auch dem Staatsprocurator die Verhandlungen zur Einsicht mitzutheilen. In der bestimmten Audienz beginnt der Anwalt des Klägers mit dem Ablesen seiner zu hinterlegenden qualités, der Anwalt des Beklagten liest alsdann die seinigen ab und beide hinterlegen sie bei Gericht, worauf, seltene eilende Fälle abgerechnet, wo sogleich in dieser Sitzung plaidirt wird, eine anderweite Gerichtssitzung zum mündlichen Vortrage der Rechtssache — namentlich der Rechtsausführungen — von dem Präsidenten bestimmt und verkündet wird.

In der zum Plaidiren bestimmten anderweiten Gerichtssitzung sollte eigentlich nach dem Gesetze vom 30. März 1808 Art. 33 jeder Anwalt sogleich vor Beginne seines mündlichen Vortrags sogenannte conclusions motivées, d. h. eine gedrängte schriftliche Darstellung der Thatsachen, nebst einer Uebersicht seiner Rechtsgründe bei Gericht hinterlegen, damit doch eine dauernde Grundlage der Verhandlungen besteht, allein es wird in der wirklichen Praxis diese Vorschrift nicht pünktlich befolgt.

Der klägerische Anwalt beginnt in dieser Sitzung mit dem mündlichen Vortrag der Thatgeschichte, bezieht sich dabei auf seine Manualacten, liest die Urkunden ab u. s. w., stellt seine Anträge und sucht sie durch Entwickelung seiner Rechtsgründe und Rechtsausführungen zu begründen. Der Advocat des Beklagten antwortet in gleicher Weise, stellt seine Anträge, sucht sie zu begründen und es fahren beide mit Reden und Gegenreden so lange fort, als sie es für gut finden, oder der Präsident nicht durch die Erklärung: „das Gericht seye hinlänglich unterrichtet", die Verhandlung schließt. Nach beendigtem Vortrage der Anwälte

ergreift der Staatsanwalt das Wort und stellt seinen gutachtlichen Antrag. Das Gericht fällt nun entweder auf der Stelle das interlocutorische oder definitive Erkenntniß, oder die Richter ziehen sich in das Berathungszimmer, sammeln dort die Stimmen und sprechen das Urtheil nach der Rückkehr in den Audienzsaal aus. Das Gesetz erlaubt jedoch auch die Verkündigung des Urtheils auf eine der nächsten Sitzungen zu verschieben, falls die Richter über thatsächliche Fragen in Ungewißheit sind, oder sich überhaupt belehren wollen.

Ist dagegen die Sache durch die Plaidoirie nicht hinlänglich aufgeklärt, so verordnet das Gericht die Niederlegung der Acten und Beweisstücke bei Gericht und verfügt entweder, daß vor Abgabe des Erkenntnisses einer der Richter in öffentlicher Audienz einen schriftlichen Vortrag erstatten soll, oder ein nochmaliges vorgängiges schriftliches Verfahren, worauf dann in beiden Fällen jedenfalls eine nochmalige öffentliche Gerichtssitzung stattfindet. In der Appellationsinstanz stimmt das Verfahren im Wesentlichen mit demjenigen erster Instanz überein. Der Appellant nimmt die Stelle des Klägers ein, der Appellat die des Beklagten, so wie in der ersten Instanz, so wird auch in der Appellationsinstanz der Prozeß durch außergerichtlichen Schriftenwechsel instruirt.

Besondere und häufige Mitwirkungen des Gerichts und des Gerichtsschreibers sind der Natur der Sache nach erforderlich und darum auch in der französischen Prozeßgesetzgebung vorgeschrieben bei Ausführung des Zeugenbeweises (Art. 254), beim Beweise durch Sachverständige (Art. 302, 303), beim Beweise durch Augenschein (Art. 295 u. f.), beim Beweise durch Urkunden in vielen Fällen zur Vorlage des Originals, so wie zur Herstellung des Aechtheitsbeweises (Art. 189, 195 u. f.).

Wird das schriftliche Verfahren nachträglich verordnet, so muß der Anwalt des Klägers in vierzehn Tagen von Zustellung des Urtheils, welches das schriftliche Verfahren anordnet, dem Anwalte des Gegners die Abschrift seiner Deduction nebst Beweis-

stücken durch den Huissier insinuiren lassen, in 24 Stunden nach dieser Zustellung die Originalien dieser Deduction und Beweisstücke auf der Gerichtsschreiberei gegen eine Bescheinigung des Greffiers hinterlegen, und auch diese Bescheinigung dem Gegner insinuiren lassen. Ist dieß in der gesetzlichen Frist geschehen, so muß der Beklagte in vierzehn Tagen nach der Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei die deponirten Documente einsehen und seine Erklärung und Vertheidigung nebst seinen Beweisstücken dem Kläger insinuiren lassen, auch in 24 Stunden alle Originale gleich dem Kläger auf der Gerichtsschreiberei gegen Bescheinigung niederlegen und solche Bescheinigung durch den Huissier dem Kläger zustellen lassen. Sind die Schriften und Documente sämmtlich bei dem Greffier niedergelegt und das Verfahren geschlossen, oder sind die gesetzlich bestimmten Fristen versäumt, so ersucht einer der Anwälte, gleichviel welcher, den Greffier in einer kurzen Anzeige, die Acten dem Referenten nun zuzustellen, welcher solche gegen eine in dem Deponirungsregister einzuschreibende Bescheinigung in Empfang nimmt und in öffentlicher Audienz daraus Vortrag erstattet. Nach ausgesprochenem Urtheile giebt der Referent die Acten in die Schreibstube wieder zurück, läßt seine Empfangsbescheinigung im Deponirungsregister löschen, die Anwälte nehmen dort ihre Acten in Empfang, und bescheinigen die Rücklieferung. Der summarische Prozeß wird ohne Schriftenwechsel in kürzeren Fristen verhandelt. Er zerfällt in den ordentlichen summarischen Prozeß, und den höchst summarischen oder das Verfahren en réferé.

Als im ordenflichen summarischen Prozesse zu behandelnde Sachen betrachtet die französische Gesetzgebung:

1) die Appellationen von den Urtheilen der Friedensgerichte ohne Ausnahme und Unterschied.

2) Die rein persönlichen Klagen ohne Beschränkung auf eine bestimmte Summe, wenn sie auf eine Urkunde gestützt werden, vorausgesetzt, daß solche nicht bestritten wird.

Wird die Urkunde bestritten, so geht die Sache nun in das

ordentliche Verfahren über, und in Folge hiervon sind Zeit und Kosten dieses Verfahrens verloren. Jeder Beklagte, der an Verzögerung ein Interesse hat, wird aber dieses leichte Mittel, die schnelle Erledigung zu hemmen, ergreifen.

3) Klagen, welchen keine Urkunde zu Grunde liegt, sie mögen persönliche oder dingliche Klagen seyn; wenn sich ihr Gegenstand nicht über 1000 Francs beläuft.

4) Klagen, welche eine provisorische Verfügung bezwecken.

5) Klagen, welche Beschleunigung erheischen.

6) Klagen auf Zahlung von Miethgeldern, Pachtgeldern und rückständigen Renten — Art. 404 — ohne Rücksicht auf die Höhe ihres Betrags.

Bei diesen Sachen ist die Klage und Vorladung nach Inhalt und Form ganz dieselbe wie bei den im ordentlichen Verfahren zu verhandelnden Sachen, auch muß der Beklagte in derselben Frist einen Anwalt bestellen. Sogleich nach dieser Bestellung oder Ablauf der hierzu bestimmten Frist wird die Sache ohne schriftliches Vorverfahren zum mündlichen Vortrage in die Audienz gebracht und von den Advokaten plaidirt. Durch diese Form des summarischen Verfahrens werden bei der französischrechtlichen Verfahrensweise mehrere Termine abgeschnitten, gerade sowie bei unsrem deutschrechtlichen, mündlichen, protocollarischen Verfahren.

Das höchst summarische Verfahren — Verfahren en réferé, findet nur in sehr dringenden und in wenigen weiteren von dem Gesetze speciell bezeichneten Fällen (Art. 686. 687. 688. 845. 928. 931. 944. 948) statt, oder wenn es darauf ankommt, über die bei Vollziehung eines Urtheils oder einer anderen executorischen Urkunde entstandenen Streitigkeiten zu erkennen, und zwar vor dem Gerichtspräsidenten oder dem seine Stelle vertretenden Richter. Derjenige, welcher ein solches Verfahren verlangt, überreicht dem Präsidenten des Gerichts eine diesen Antrag enthaltende und motivirende Bittschrift, worauf der Präsident verfügt, ob dem Gesuche stattgegeben wird, und bejahenden Falls verordnet, ob die

Verhandlung in der gewöhnlichen Audienz des Tribunals, ob in der Audienz der référés, oder in seiner Wohnung und zu welcher Stunde stattfinden soll, auch einen Huissier zur Insinuation der Ladung ernennt. In Gefolge dessen läßt der Implorant das Gesuch nebst der Ordonnanz des Präsidenten dem Gegner durch den Huissier insinuiren, ihn mittelst eines exploits in der gewöhnlichen Form zum Erscheinen zur bestimmten Stunde auffordern. In dem Termine verhandeln beide Theile mündlich, es wird ein kurzes Protocoll über ihre Vorträge aufgenommen und alsdann sogleich die Verfügung ertheilt.

Das hier kurz dargestellte französische Verfahren zeigt das Bild einer Zersplitterung der nach den Grundsätzen des deutschen Prozesses in der Person des Richters vereinigten Thätigkeit unter die avoués, den Huissier, Greffier und Gerichtspräsidenten, es werden also hier vier Personen beschäftigt, und zwar in einer die Arbeit, den Zeit- und Kostenaufwand bedeutend vermehrenden Weise. Ich habe oben dargelegt, daß bei richterlicher Prozeßleitung beim schriftlich-mündlichen Verfahren bei Collegialgerichten die richterlichen Handlungen der Prozeßverhandlung mit Einschluß der Urtheilszustellung in fünf bis sechs, die der Parteien zusammen in fünf bestehen.

In dem französischen Prozesse umfaßt das Verfahren bis zur Zustellung des ersten Urtheils folgende Verhandlungen:

1) Klage mit Ladung.

2) Anwaltsbestellung und Notification an den Gegner durch Vermittelung des Huissier.

3) Erklärung und Mittheilung durch den Huissier an den Kläger.

4) Gegenerklärung und Mittheilung durch den Huissier an den Beklagten.

5) Mittheilung durch den Huissier an den Staatsprocurator.

6) Bittschrift an den Präsidenten um Bestimmung des Audienztages.

7) Beschluß des Präsidenten und Mittheilung desselben durch den Greffier an den Antragsteller.

8) Mittheilung dieses Beschlusses von Seiten des Imploranten an den Gegner und Vorladung durch den Huissier.

9) Mittheilung der conclusions von Seiten des klägerischen Anwalts durch den Huissier an den Anwalt des Beklagten.

10) Desgleichen von dem Anwalt des Beklagten an den Anwalt des Klägers.

11) Vortrag in der Audienz und Hinterlegung der qualités von beiden Anwälten.

12) Bestimmung einer anderweiten Sitzung zum Plaidiren durch den Präsidenten, mit Eintrag in die Rolle.

13) Anderweite Audienz und Plaidoirie.

14) Ausfertigung des Urtheils und Zustellung durch den Huissier an den Unterliegenden von Seiten des Siegers.

Abgesehen von den Fällen, wo das Gericht Niederlegung der Acten und Beweisstücke und Erstattung besonderen Vortrags durch einen Referenten in einer anderen Sitzung oder nachträgliches schriftliches Verfahren anordnet, oder wo die Advokaten in mehreren Sitzungen nach einander plaidiren, was auch bisweilen vorkommt, oder wo über die Verabfassung des Urtheils noch ein Nachprozeß entsteht, kommen also in dem ersten Abschnitte des Verfahrens bis zur Urtheilszustellung mindestens vor 11 Handlungen des Gerichts und Huissiers und 11 Handlungen der Parteien, zusammen also ganz nach dem gewöhnlichen Gange 22 Handlungen, während bei richterlicher Prozeßleitung im schriftlich mündlichen Verfahren vor Collegialgerichten 5—6 richterliche Handlungen und Parteienhandlungen, im Ganzen also 10—11 Handlungen, vorkommen. Beim Cassationshofe in Paris findet, nachdem das Cassationsgesuch durch einen arrêt d'admission für zulässig erklärt worden, das schriftliche Verfahren in der zuvor dargelegten Weise statt, jede Partei hat aber das Recht, zwei Schriftsätze einzureichen, es wird von einem Referenten schrift-

licher Vortrag erstattet, die beidertheiligen Anwälte haben das Recht zu plaidiren, ohne daß solches jedoch als wesentlicher Theil des Verfahrens angesehen wird. Vereinfachung und Abkürzung der Prozeßverhandlung entsteht also nach dem Dargelegten aus der außergerichtlichen Verhandlung von Anwalt zu Anwalt nicht, und ebenso wenig eine Verminderung der Mühe, des Zeit- und Kostenaufwands für Parteien und Richter, vielmehr von allem diesem das Gegentheil, und ebenso wenig ist ein sonstiger, in der Sache selbst beruhender erheblicher Grund zu Gunsten dieser Zersplitterung der auf denselben Zweck gerichteten Geschäfte unter mehrere Personen zu erkennen.

Offenbar nicht aus der Natur der Sache, nicht aus den Geboten mehrerer Zweckmäßigkeit oder Volksthümlichkeit, nicht aus Rücksichten freierer selbstständiger Bewegung der Parteien, haben die Verfasser des code de procedure civile die Motive für die berührte Institution der außergerichtlichen Proceßleitung durch die Anwälte entnommen, sondern aus dem Interesse großer, mächtigen Einfluß errungen habender Corporationen der öffentlichen Anwälte und Huissiers, von welchen der Rechtsuchende im französischen Verfahren auf eine Art abhängig gemacht ist, selbst bei den unbedeutendsten, keinerlei Rechtskenntnisse erfordernden Sachen, daß, die vor die Friedens- und Handelsgerichte gehörenden Ausnahmsfälle abgerechnet, Niemand einen Schritt ohne den kostspieligen Beistand eines avoués thun kann.

Ein Prozeß kann *nur vor einem Richter* nach bestimmten gesetzlichen Regeln und in bestimmt vorgeschriebenen Fristen geführt werden, darum sollen auch die Parteien vor dem Richter handeln, ihr Vorbringen ist im Endzweck wesentlich für den Richter bestimmt, damit dieser nach solchem entscheide. Es liegt darum ganz in der Natur und im Zwecke der Verhandlung, daß alle schriftlichen Parteienvorträge unmittelbar bei dem Richter eingereicht werden, der Richter zu prüfen hat nach Anleitung der Gesetze, in wie weit eine Vernehmung der Gegenpartei zu seiner Entscheidung nöthig ist, und solche dann anzuordnen hat.

Es entspricht gewiß mehr der Natur und dem Zwecke der Parteienvorträge, daß ihnen nicht bloß der Zweck der Belehrung der Parteien von den gegenseitigen Ansprüchen und Angriffs- wie Vertheidigungsmitteln zum Behufe demnächstigen mündlichen Vortrags im Gerichte unterlegt, sondern daß ihnen zugleich die Bestimmung gegeben wird, eine zuverlässige Grundlage der richterlichen Entscheidung abzugeben. Nur bei diesem Character behalten sie ihre wahre Bedeutung und Zweck, und ohne solchen verlieren sie auch ihren Werth für die außergerichtliche Instruction. Indem die französische Gesetzgebung den Grundsatz aufnahm, daß nicht die vorhergehenden Verhandlungen unter den Anwälten den Grund zum Erkenntnisse legen sollen, sondern die Vorträge in der Plaidoirie und in Folge dessen die Anwälte in der Plaidoirie ihre vorherigen Anführungen ändern und zurücknehmen können, mit Ausnahme des Klagegrundes, hat sie den Vorverhandlungen jenen wesentlichen Character, aber damit auch ihren Werth, entzogen. Allein völlig konnte sie den Vorverhandlungen diesen Character doch nicht nehmen, indem die auf die Vorverhandlung gestützten qualités, soweit die Anwälte von solchen während der Sitzung nicht abweichen, die Grundlage des Urtheils bilden. Dieser Grundsatz hat die weitere verderbliche Folge, daß über die dem Urtheile zu unterlegenden Thatumstände vor dessen Ausfertigung noch eine Verhandlung unter den Anwälten [3]), über die am Schlusse der Audienz von demjenigen Anwalt, welchem an der Ausfertigung des Urtheils gelegen ist, nach den Ergebnissen der Verhandlungen von neuem zu fertigenden Qualitäten stattfindet. Wenn nach dem französischen Prozesse die Anwälte in den auf den Grund der außergerichtlichen Schriftenmittheilung sich kurz vor der Sitzung mitzutheilenden sogenannten conclusions die Punkte, welche sie in der öffentlichen Sitzung gegen sich geltend machen wollen, feststellen, hierin aber von den in dem vorangegangenen Verfahren gemachten Anführungen und Anträgen wieder

---

[3]) Lehzen, ausführl. System des franz. Civilproz. Hamburg 1812. S. 104.

abweichen und solche ändern können, wenn sie in den bei Beginn der Sitzung vorzulesenden und zu hinterlegenden qualités, von jenen Conclusions, ja sogar während der Verhandlung in der öffentlichen Sitzung auch wieder von diesen qualités abweichen, ihre Geschichtserzählung, Anträge ändern, ihre Klage und Einredebitte erweitern, auf andere Punkte ausdehnen können, so ferne sie nur innerhalb dem Grunde der ursprünglichen Klage stehen bleiben *), indem das Gericht sein Urtheil auf dasjenige zu bauen hat, was ihm in der Sitzung vorgetragen wird, so ergiebt sich schon hieraus das Unzweckmäßige des ganzen Verfahrens selbst in Bezug auf die Vorbereitung der Parteien, indem selbst dieser Zweck nur sehr unvollkommen erreicht wird. Uebereinstimmend mit dieser Ansicht spricht sich Felix in dem Werkchen über Mündlichkeit und Oeffentlichkeit d. Ger. Verf., Carlsruhe 1843, in den Worten aus: „Dabei halte ich für nöthig, daß die Parteien oder ihre Anwälte angehalten werden, die mündliche Schlußverhandlung durch gegenseitige Schriften vorzubereiten. Es müßte außerdem im Gesetze bestimmt werden, daß diejenigen Puncte, welche nicht in einem vor dem mündlichen Vortrage notificirten Schriftsatze oder Antrage ausdrücklich geltend gemacht sind, im mündlichen Schlußverfahren nicht vorgebracht werden können. Diese Folge liegt offenbar im Geiste jener Verfügungen und kann einzig ihre Sanction bilden. In Ermangelung jener vorläufigen Feststellung artet das mündliche Verfahren in ein weitwendiges Gespräch über alle möglichen, erheblichen oder nicht erheblichen rc. Puncte aus." Dieß die Ansicht eines gelehrten und erfahrenen Advocaten in Paris. Der Grundsatz, daß das Gericht seine Entscheidung, ohne den vorhergegangenen Verhandlungen verbindende Wirkung zuerkennen zu dürfen, nur auf dasjenige bauen soll, was und so wie es von den Parteien in der öffentlichen Sitzung vorgetragen wird, beziehungsweise in der Richter Gegenwart ge-

*) Feuerbach, l. c. S. 265. 326. Lehzen, System des franz. Civ. Proz. Hamburg 1812. S. 230.

schieht, also das Princip reiner Mündlichkeit, ist unausführbar, wie der französische Prozeß selbst darlegt, welcher im ordentlichen Verfahren durch Hinterlegung der sogenannten qualités, häufige Anordnung schriftlichen Vortrags durch einen Referenten in anderweiter Sitzung, Anordnung schriftlichen Nachverfahrens, außergerichtliche Erhebung und Aufzeichnung der Beweise, Verweisung der im summarischen — rein mündlichen — Verfahren verhandelt werdenden Sachen in das schriftlich mündliche — ordentliche — Verfahren, sobald eine Urkunde, worauf der Anspruch gestützt ist, widersprochen wird, durch Zulassung der vielen besonderen schriftlichen Zwischenvorträge an das Gericht während der außergerichtlichen Vorverhandlung, und im Strafverfahren dadurch, daß sogar während der Verhandlungen vor dem Assisenhofe die Protocolle der Voruntersuchung vielfältig benutzt, und auch den Geschwornen mit Ausnahme der Zeugen-Verhörprotocolle — wenn sie sich in's Berathungszimmer zur Fassung ihres Ausspruchs zurückziehen, mitgegeben werden — auszuhelfen sucht, weil die menschliche Gedächtnißkraft nicht zur vollkommenen gründlichen Erfassung der nur in mündlicher Rede und Gegenrede bestehenden beiderseitigen Rechtsvertheidigung, wenigstens nicht insoweit hinreicht, um ein gründliches, den vorgetragenen thatsächlichen Verhältnissen völlig entsprechendes Erkenntniß fällen zu können, sobald die verhandelte Sache nicht zu den ganz einfachen gehört.

Unvereinbar mit den für eine zweckentsprechende Verhandlung wesentlichsten Grundprincipien des Verfahrens ist jener Grundsatz aber, weil, wenn man nicht zu zeitraubenden protocollarischen Aufzeichnungen während der Sitzung Zuflucht nehmen will, eben wegen der Unvollkommenheit der menschlichen Geistes- und Gedächtnißkraft und Einsicht, da, wo der thatsächliche Theil der Rechtsvertheidigung nicht auf kurzer schriftlicher bleibender Grundlage ruht, wenigstens die Controlirung und volle Aneignung des Parteien-Vorbringens nach Inhalt und Umfang nicht möglich, also auch die Annahme und Durchführung der peremtorischen Kraft der Termine und des Eventualprincips nicht

möglich, und in Folge hiervon auch das Einhalten eines richtigen Systems der Rechtsmittel, sowie das Festhalten an der Rechtskraft der Zwischenerkenntnisse, welche bezüglich einiger Gattungen von Zwischenbescheiden nöthig erscheint, nicht ausführbar ist.

In Bezug auf Zweck der Rechtsvertheidigung der Parteien, wie in Bezug auf Stellung des Richters ist es auch gleichgültig, ob der Richter bei der Entscheidung nur das Parteien-Vorbringen zu berücksichtigen hat, was in der Sitzung vorgebracht wird, oder auch das vor der Sitzung ihm vorgetragene, sobald nur im letzteren Falle dasselbe in der Sitzung in Gegenwart sämmtlicher Richter und der Parteien wiederholt wird. Natur der Sache und Zweck des Verfahrens, namentlich der mündlichen Verhandlungen in öffentlicher Gerichtssitzung, scheinen mir im Gegentheile sowohl für vollkommene Rechtsvertheidigung der Parteien in der öffentlichen Gerichtssitzung, als für vollkommene und zuverlässige Auffassung und Beurtheilung von Seiten der Richter zu erfordern, daß vor dem mündlichen Vortrage im Colleg der ganze thatsächliche Theil der gegenseitigen Ansprüche und Vertheidigung speciell ausgeprägt feststeht, und solcher in der öffentlichen Sitzung dem ganzen Gerichte in Gegenwart der dessen Richtigkeit controlirenden Parteien und Anwälte, durch einen zuverlässigen, von einem Mitgliede des Gerichts gefertigten status causae dargelegt, jedoch bei der Entscheidung nichts berücksichtigt wird, was nicht zur möglichen Rechtsvertheidigung der Parteien in der Sitzung vorgetragen worden ist.[5]). Dieß kann aber nur bewirkt werden durch strenges Eventualprincip, peremtorische Kraft der Termine und die Pflicht zur speciellen Streitbefestigung. Mit diesen Grundbedingungen eines zweckentsprechenden prozessualischen Verfahrens ist aber die außergerichtliche Prozeßleitung von Anwalt zu Anwalt, ebenso wie der Grundsatz reiner Mündlichkeit

[5]) Dieses System haben der Bairische revidirte Entwurf von 1827, das Preußische Gesetz vom 1. Juni 1834, über summarische Sachen, die Badische Prozeßordnung von 1832 aufgenommen.

ohne schriftliche Grundlage im Thatsächlichen unvereinbar, und es können sonach diese Anordnungen nicht in das Gerichtsverfahren übertragen werden, wenn man nicht wesentliche und mit dem nützlichsten Erfolge begleitete, nach ihrem Alter wie nach ihrer Zweckmäßigkeit höchst ehrwürdige und erprobte Grundprincipien des bisherigen deutschen Prozesses aufgeben will.

Gerade diese Grundsätze enthält der französische Proceß nicht, und nur bei dessen Grundprincipien ist die außergerichtliche Prozeßleitung unter den Anwälten möglich, und der bei den Friedens- und Handelsgerichten, so wie bei den Bezirksgerichten in den summarischen Sachen, mit Ausnahme des schriftlichen Klageexploit und in appellabeln Sachen der Aufzeichnung der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen, aufgenommene Grundsatz des rein mündlichen Verfahrens ausführbar, gerade in diesem wesentlichen Mangel beruht es aber auch, daß in dem französischen Verfahren ein Prozeß durch zahllose verderbliche Incidentprozesse hingehalten, zerrissen und verändert werden, und über jede Gattung von Vertheidigungsmittel noch ein besonderer Zwischenprozeß durch alle Instanzen durchgeführt und ein Prozeß Jahre lang hinausgeschleift werden kann, ehe nur einmal eine eigentliche Einlassung auf die Klage erfolgt.*)

Wenn die mündliche Verhandlung in der Audienz eine klare Darstellung, richtige Entwickelung und vollkommene Auffassung und Beurtheilung des streitigen Sachverhältnisses herbeiführen und sichern, wenn die Nothwendigkeit vermieden werden soll, häufig anderweite Sitzungen zur Vervollständigung der Vertheidigung der Parteien und der Auffassung der Richter anzuberaumen, oder nachträglich noch eine schriftliche Verhandlung anzuordnen, ja sogar, wie dieß im französischen Prozesse häufig vorkommt, nach gesprochenem Urtheile noch über die der Urtheilsausfertigung zu unterlegenden Thatsachen (qua-

*) Feuerbach, Bd. II. S. 248. 326.

lités), über die Frage, was die Parteien gegenseitig vorgebracht und zugestanden haben, einen Nachprozeß zuzulassen, so muß der mündlichen Verhandlung eine feststehende, im Wesentlichen unwandelbare Grundlage im Thatsächlichen und Antrage zu Grunde liegen, und um sie herbeizuführen, kann und darf die richterliche Prozeßleitung nicht ermangeln, da muß Eventualprincip und peremtorische Kraft der Termine, der Grundsatz einer kurzen schriftlichen Grundlage im thatsächlichen Theile des Parteienvorbringens und Antrage aufgenommen werden. Bei einfachen und summarisch zu behandelnden Sachen, wo das schriftliche Vorverfahren cessirt, muß aber der mündlichen Verhandlung wenigstens eine im Thatsächlichen und Antrage feststehende schriftliche Klage und bei Collegien eintretenden Falls die Einreichung und Ablesung schriftlicher Anlagen zum Protocolle in der Sitzung vorhergehen, und kurze protocollarische Aufzeichnung der während der Verhandlung vorgekommenen, in vorangegangener schriftlicher Grundlage nicht beruhenden thatsächlichen Behauptungen und Anträge wie Beweise nachfolgen.

Das Princip der Mündlichkeit wird durch die hier in Schutz genommenen Anordnungen im Wesentlichen nicht beeinträchtigt, indem es nach Grund und Zweck der Mündlichkeit keinen Unterschied erzeugt, ob die Parteien ihre gesammte Rechtsvertheidigung den Richtern selbst mündlich vortragen resp. ihre qualités ablesen und hinterlegen, oder ob ein Mitglied des Gerichts in Gegenwart der Parteien den Inhalt der zuvor gepflogenen schriftlichen Verhandlung mündlich aus den Acten vorträgt resp. abliest, und die Parteien alsdann das Wort erhalten und das ihnen nöthig Scheinende mündlich berichtigen, ergänzen, das Wesentlichste wiederholen und ihre Rechtsausführungen alsdann mündlich vortragen.

Nur Rücksichten mehrerer Zweckmäßigkeit müssen hier den Ausschlag geben. In einem wie in dem anderen Falle wird nicht mehr und nicht weniger geschrieben. Ebensowenig kann darin eine Beeinträchtigung des Princips der Mündlichkeit und

Unmittelbarkeit gefunden werden, wenn die der öffentlichen, mündlichen Verhandlung vorangehenden Verhandlungen eine verpflichtende Grundlage für die Entscheidung abgeben sollen, soferne solche in der Audienz in Gegenwart der Parteien unter deren Controle und Befugniß der Vervollständigung und Berichtigung vorgetragen werden. Ueberhaupt ist zu erwägen, daß die Mündlichkeit um deswillen und insoweit als eine vorzüglichere Grundform des Verfahrens zu erkennen ist, weil und insoweit sie die Zwecke des Verfahrens erleichtert und fördert, insoweit aber als verwerflich erscheinen muß, als sie den Zwecken der Rechtspflege hinderlich wird.

Die Idee: „die Function des Richters besteht in der Entscheidung; warum ihn mit der Leitung der Verhandlungen beschäftigen? den Parteien kann es überlassen bleiben, das Streitige unter sich festzustellen und dem Richter zur Entscheidung vorzulegen;" hat in der ersten Auffassung etwas Einnehmendes, allein sie führt zu Nachtheil und Inconsequenz und ist unausführbar. Bei einer Partei kann wenigstens die Absicht, die Sache rasch und einfach zu Ende zu führen, nicht unterstellt, die Parteien verpflichtende Fristen können darum bei keiner Form der Verhandlung entbehrt, die Einhaltung derselben kann aber, wenn man nicht zu weitläuftigen Maasregeln greifen will — bei außergerichtlicher Prozeßleitung von Anwalt zu Anwalt nicht controlirt, und unter keinen Umständen kann häufige richterliche Einwirkung auf das Prozeßverfahren entbehrt, es kann sonach das Princip der außergerichtlichen Prozeßverhandlung von Anwalt zu Anwalt nie und unter keinen Umständen rein und consequent durchgeführt werden. Was in der Vorverhandlung versäumt wird, muß durch den Richter mit großem Zeitverderbe später nachgeholt werden, beides: Entscheidung und vorbereitende Verhandlung hängt nach Voraussetzung und Zweck innig zusammen. Auch die mündliche Schlußverhandlung muß bei jedem Systeme der richterlichen Direction unterliegen.

Die Auflage verbesserter Einlassung, die verweigerte eventuelle

Einlassung kann nur von dem Richter verfügt werden, ebenso können Fristerstreckungen, Wiedereinsetzung gegen Versäumnisse, die in keiner Prozeßordnung völlig verhütet werden können, Berichtigungen der Legitimationen, Cautionsleistungen, provisorische Anordnungen nur vom Richter angeordnet werden.

Es ist bei außergerichtlichen Prozeßinstruktionen überdies die Verhandlung über frivole, von vorn herein sogleich für verwerflich zu erkennende und alsbald abzuweisende Klagen nicht zu vermeiden. Diese Befugniß der alsbaldigen Zurückweisung solcher Klagen, welche freilich nicht häufig gerechtfertigt seyn wird, muß aber dem Richter nach dem Zwecke allen Verfahrens gegeben, von ihm jedoch mit Vorsicht ausgeübt werden, selbst das Interesse der Parteien fordert dies, und die hiergegen von Gegnern des deutschen Prozesses angeführten Gründe sind unerheblich.[7]) Das Verhandlungsprincip steht einer solchen gesetzlichen Anordnung nicht entgegen, indem der Richter nicht ohne Antrag verfügt, nichts im Thatsächlichen Amtswegen ergänzt, sondern auf Antrag dasjenige verfügt, was der Vernunft und dem Gesetze entspricht, wobei er an den Inhalt der Anträge der Parteien nicht gebunden seyn kann. Die Bestimmung des Art. 150 des franz. bürgerl. Proz.-Ordnung ruht ganz auf demselben Grundsatze, denn auch hier kann der Richter die Klage sogar nach ungehorsamlichem Nichterscheinen des Beklagten ohne Antrag und ohne den Beklagten wirklich vernommen zu haben, Amtswegen zurückweisen. Daß eine erfolglose Vorladung in der Mitte liegt, ändert im Principe nichts. Ein etwa mögliches, aber in hundert Fällen nicht einmal vorhandenes, Interesse des Beklagten an der Verhandlung auf eine verwerfliche Klage kann hier nicht beachtet werden, weil gesetzliche Anordnungen nach ihrer Brauchbarkeit für die Mehrzahl der Fälle zu bemessen sind, der Beklagte auch kein Recht auf die Klageanstellung wider ihn hat.

---

[7]) Mittermaier, Archiv für civ. Praxis Bd. III. S. 298. Bd. V. S. 255 u. f. Bd. XI. S. 445. Feuerbach, Mündlichkeit und Oeffentlichkeit Bd. II. S. 261.

Schriftliche Prozeßverhandlung ist überhaupt nur in drei verschiedenen Formen möglich:

1) durch gegenseitige außergerichtliche Mittheilung der Schriften unter den Anwälten unter Vermittelung der Huissiers. Diese Form ist nicht wohl anders ausführbar, als wenn dieser Verhandlung unter den Anwälten wesentlich der Zweck der gegenseitigen Instruction über das Thatsächliche des Streits für die künftige mündliche Verhandlung in der Audienz beigelegt wird, sie sonach nicht als verpflichtende Grundlage der Entscheidung zu gelten, wenn also das Gericht seine Entscheidung wesentlich nur auf dasjenige zu bauen hat, was ihm mündlich in der Audienz vorgetragen wird.

Sobald man peremtorische Kraft der Verhandlungsfristen für die Rechtsvertheidigung festsetzt, bilden die gewechselten Originalschriften die verbindliche Grundlage der richterlichen Entscheidung, die nachfolgende mündliche Schlußverhandlung hat alsdann nur den Character der Vollendung, Vervollständigung des Ganzen auf der entscheidenden feststehenden Grundlage der Vorverhandlung, und es wird damit Grund, Ausführbarkeit und Zweck der außergerichtlichen Prozeßinstruction beseitigt, weil bei der Form der außergerichtlichen Prozeßverhandlung die Einhaltung der Fristen nicht ohne große Unzuträglichkeit und Weiterungen controlirt werden kann, und die Schriften, sobald sie für den Richter bestimmt sind, auch bei dem Richter eingereicht werden sollen.

2) Durch Niederlegung der Schriften auf der Gerichtsschreiberei in den gesetzlich bestimmten Fristen und außergerichtliche Mittheilung desfallsiger Zeugnisse und der Duplicate an den gegnerischen Anwalt unter Vermittelung des Huissier. Diese Form steht im Principe und Zwecke der Form unter 3, der Einreichung der Schriften bei dem Gerichte selbst, näher wie der unter 1. erwähnten, sie erzeugt im Allgemeinen dieselbe Arbeit und Mühe, wie die unter 3; wird in einzelnen Fällen die Beendigung des Verfahrens in etwas kürzerer Zeit ermöglichen, in

den Fällen aber, wo richterliche Zwischenverfügungen eintreten müssen, die Verfügungen und Verhandlungen verzögern. Sie ist vereinbar mit peremtorischer Kraft der Termine und Eventualprincip, jedoch meines Erachtens am wenigsten in Schutz zu nehmen, weil sie das Princip der Form unter 1. beeinträchtigt und die Vortheile der Form unter 3 nicht gewährt.

3) Durch Einreichung aller Schriften unmittelbar bei dem Gerichte und Mittheilung derselben von Seiten des Gerichts an die Gegenpartei zur Beantwortung, also durch richterliche Prozeßleitung. Soll sie dem Zwecke vollkommener Rechtsvertheidigung entsprechen, die Geist und Leben ertödtende Vielschreiberei beseitigen, so muß sie mit einer mündlichen Schlußverhandlung vor dem entscheidenden Collegialgerichte in Verbindung gebracht werden. Will man die damit in Verbindung stehende unbedeutende Verzögerung der Verhandlungen, weil die Schriften durch mehrere Hände gehen müssen, beseitigen, so kann dieß leicht durch die Anordnung geschehen, daß der Anwalt bei Einreichung seiner Schrift bei Gericht die Doppelschrift sogleich dem Gegner unmittelbar selbst mittheilen soll, wo dann das Gericht zu deren Beantwortung kürzere Frist bestimmen kann, weil der gegentheilige Anwalt die zu beantwortende Schrift früher erhält. Diese Form stützt sich auf den Grundsatz, daß die gewechselten Schriften im Thatsächlichen die verpflichtende wesentliche Grundlage der Entscheidung bilden, die mündliche Schlußverhandlung vor dem Gerichte nur als Vervollständigung, speciellere Darstellung des Inhalts der Vorverhandlung als Schluß des Ganzen gelten, und die unmittelbare lebendigere Vertheidigung, namentlich im Rechtspunkte in Gegenwart aller Richter, und eine gehörige Controle vollkommener richterlicher Auffassung gewähren, die Schreiberei vermindern soll. Sie gewährt allein die Möglichkeit richterlicher Leitung und Beaufsichtigung der Verhandlungen mit den daran geknüpften vortheilhaften Folgen, sie ist, abgesehen von der, für die Behandlung der summarischen Sachen zu bestimmenden Verfahrensart, die einfachste, verursacht

im Ganzen weniger Mühe und Schreiberei wie die beiden anderen Formen, vermöglicht allein ein einfaches richtiges System der Rechtsvertheidigung, entspricht am meisten dem Zwecke der Verhandlung, und hat den sehr zu beachtenden Erfolg, daß die Audienzen bedeutend kürzere Zeit in Anspruch nehmen.[8]) Erwägt man den vermehrten Aufwand an Zeit, welcher bei außergerichtlicher Prozeßinstruction mit der nothwendigen Anberaumung mehrerer Audienzen bei Gericht, mit der längeren Dauer derselben, mit den, mit jedem Zwischengesuche verknüpften Weiterungen, mit der besondern Einreichung der Schriften an das Gericht nach geschlossenem Vorverfahren, mit der Feststellung des Inhalts der mündlichen Verhandlungen zum Behufe der Urtheilsausfertigung, mit den öfteren schriftlichen Nachverhandlungen vor Gericht nothwendig verbunden sind, so kann man darüber nicht in Zweifel seyn, daß auch in Bezug auf rasche, einfache Prozeßverhandlung die richterliche Prozeßleitung bei weitem den Vorzug verdient. An die außergerichtliche Prozeßinstruction von Anwalt zu Anwalt schließt sich als Mittelweg zwischen gerichtlicher und außergerichtlicher Prozeßleitung diejenige an, welche das Gesetzbuch des Cantons Waadt und der Entwurf einer Prozeßordnung für das Königreich der Niederlande von 1827 aufgenommen hat. Ein die Stelle der Klage vertretender exploit des Huissiers eröffnet das Verfahren und bestimmt den Tag, an welchem die Sache im Gericht verhandelt werden soll. Bei den Bezirksgerichten kann der Beklagte, wenn die Sache

[8]) Die von einigen Gesetzgebungen namentlich für summarische Sachen vorgeschriebene Form, daß das Gericht einen Gerichtsdeputirten zur Verhandlung zum Protocoll bestimmt, dieser demnächst die Verhandlungen ans Colleg abgiebt, worauf dann Termin zur mündlichen Verhandlung im Colleg bestimmt wird, entspricht nicht dem Zwecke der Schnelligkeit, erfordert eben soviel Zeit und mehr Mühe wie das gewöhnliche schriftlich-mündliche Verfahren. Besser der französische summarische Prozeß, wenn vorgeschrieben wird, daß der Beklagte einige Tage vor der Sitzung seine in der Sitzung einzureichende Erklärung im Thatsächlichen dem Kläger außergerichtlich mitzutheilen hat.

nicht auf mündliche Verhandlung entschieden werden kann, eine Exceptionsschrift dem Kläger beim ersten Erscheinen vor Gericht zustellen, auch, wenn er die Frist zur Vertheidigung zu kurz hält, um sich gehörig vorzubereiten, den Richter um Verlängerung der Frist bitten. Der Richter bewilligt dem Kläger zur Prüfung der Exceptionsschrift und zur Gegenerklärung eine weitere Frist. So oft das Gericht die Sache nicht geeignet findet, um auf blose mündliche Verhandlung zu entscheiden, verordnet es Amtswegen oder auf Antrag einer Partei schriftliches Verfahren. Die richterliche Verfügung, wodurch schriftliches Verfahren verordnet wird, ernennt zugleich einen Richter als Referenten und bestimmt einen Tag zur Verhandlung, 14 Tage nach dieser Anordnung zum schriftlichen Verfahren muß der Kläger eine die Erörterung seiner Ansprüche enthaltende Schrift dem Beklagten significiren lassen, dem Referenten werden nun die Schriften und Beweisstücke eingehändigt. Der Vortrag des Referenten wird in der öffentlichen Sitzung erstattet, enthält aber nur das Resumé der vorgebrachten Thatsachen und Beweise ohne Gutachten. Dieses Verfahren verdient m. E. als ein Gemisch deutsch- und französisch rechtlicher Grundsätze keine Billigung. Die Prozeßleitung ist hier theils in den Händen des Richters, theils außergerichtlich, die gewechselten Schriften bilden aber die entscheidende Grundlage für das Urtheil, so gewiß als sie dem Referenten in Original zugestellt werden.

Das nothwendige Erscheinen der Parteien in mehreren nacheinanderfolgenden Gerichtssitzungen zur Empfangnahme der gegentheiligen Schriften, die besondere Einhändigung der außergerichtlich gewechselten Schriften an den Referenten oder das Gericht, die damit in Verbindung stehenden mehreren Audienzen des Gerichts verursachen mehr Mühe und Zeitaufwand wie die richterliche Mittheilung der bei Gericht eingereichten Schriften zur Beantwortung in anzuberaumenden peremtorischen Fristen. Auch bei dieser Verhandlungsweise kann die mündliche Verhandlung vor dem Gerichtshofe nur den Character des Schluß- und Er-

gänzungsverfahrens und den Zweck des Vortrags der Rechtsausführungen haben, keineswegs aber als die Hauptsache gelten.

Sobald einmal das mündliche Verfahren mit dem Erfolge der Beendigung der Verhandlung in einem Termine für eine Rechtssache nicht aufgenommen, sondern Schriften-Wechsel unter den Parteien zugelassen ist, alsdann kann die Bedeutung und der Character der Verhandlung auf die Dauer derselben von keinem erheblichen Einflusse seyn, weil die Zahl der gegenseitigen Schriftsätze ebenso wie die Dauer der Fristen für die Thätigkeit der Anwälte wesentlich durch den Inhalt der Vertheidigung bedingt ist. Abgesehen von der Frage der mehreren Zweckmäßigkeit der einen oder der anderen vorberührten Form, so hängt die Entscheidung über Annahme einer oder der anderen derselben zunächst davon ab, welche Bedeutung die Gesetzgebung den Vorverhandlungen vor der Audienz für die Entscheidung giebt, und folgeweise welchen Caracter und Zweck sie der mündlichen Schlußverhandlung vor dem Colleg beilegt.

Betrachtet die Gesetzgebung die mündliche Verhandlung vor dem Colleg als die wesentlich entscheidende Grundlage des Urtheils — die Hauptsache — so ist die Vorverhandlung nur die vorbereitende Instruction der Anwälte für diese Hauptverhandlung, es kann dann die schriftliche Vorverhandlung keinen peremtorischen Erfolg für die Entscheidung haben, und nur bei solchem Caracter des Verfahrens kann die außergerichtliche Prozeßinstruction unter den Anwälten aufgenommen werden. Sobald aber die Gesetzgebung den Grundsatz aufnimmt, daß die der öffentlichen Audienz vorangehenden Verhandlungen die feststehende wesentliche Grundlage für die Entscheidung bilden, die mündliche Verhandlung vor dem Colleg nur den Caracter und Zweck der Wiederholung und vervollständigteren und unmittelbaren Darlegung der vorangegangenen Verhandlungen in Gegenwart aller Richter und des Vortrags der Rechtsausführungen haben, also der Schluß des Ganzen seyn solle, dann ist außergerichtliche Prozeßverhandlung ohne große Unzuträglichkeiten nicht ausführbar, sie steht mit die-

sem Prinzipe im Widerspruche, ist darum verwerflich. Bei dem Systeme richterlicher Prozeßinstruction, aber auch nur dann, kann und soll die Gesetzgebung peremtorische Kraft der Termine und Eventualprincip als die obersten Grundbedingungen eines systematisch geordneten zweckentsprechenden Verfahrens, als das kräftigste Mittel verderblicher Chikane und Verzögerung der Prozesse vorzubeugen, aufnehmen. Wenn man den schriftlichen Vorverhandlungen nur den Zweck gegenseitiger Vorbereitung der Parteien für die Audienz unterlegt, so können sie nur einen einseitigen beschränkten Erfolg haben, es muß dann, um eine sichere Grundlage für das Urtheil zu schaffen, noch eine weitere schriftliche Grundlage später geschaffen werden durch vor oder am Schlusse der Audienz zu fertigende qualités oder schriftliche Aufzeichnungen während der Sitzung. Wenn man ihnen aber den Zweck der Vorbereitung der richterlichen Entscheidung unterlegt, so erfüllen sie zugleich den Zweck der sicheren Vorbereitung der Parteien für ihre Rechtsvertheidigung, sie genügen aber auch für die weiteren Zwecke der Aufklärung und Belehrung des Richters für seine Entscheidung und die Bildung einer bleibenden vollkommenen Grundlage des Urtheils. Nur bei solchem Caracter der Vorverhandlung ist es möglich, eine Sache in Einer Sitzung vollständig zu verhandeln und alsbald zu entscheiden, während nach dem französischen Verfahren eine jede Sache im ordentlichen Prozesse stets in mehreren Sitzungen verhandelt wird.

Die Vorladung der Parteien durch die Huissiers in bestimmte Gerichtssitzungen muß auch unvermeidlich den Fall öfters herbeiführen, soferne nicht zuvor die Bestimmung des Gerichts eingeholt wird, daß vorgeladene Parteien wegen zu großer Zahl der Vorgeladenen nicht zum Vortrage kommen können.

Daß die strenge Durchführung der selbst an die erste Vorladung resp. Aufforderung geknüpften peremtorischen Kraft der Termine für die Rechtsvertheidigung selbst mit dem Rechtsnachtheile stillschweigenden Zugeständnisses der gegnerschen thatsächlichen Anführungen im Falle des Ungehorsams bei Einzelrichtern

wie bei Collegialgerichten im mündlich protocollarischen wie schriftlichen Verfahren und zwar mit sehr vortheilhaften Folgen möglich und ausführbar ist, sobald in jeder Vorladung die Rechtsnachtheile in kurzer deutscher Sprache ausgedrückt sind, was meistens in gedruckten Formularen geschehen kann, das hat die Erfahrung im Großherzogthum Hessen längst zur allgemeinen Zufriedenheit bewiesen; indem bei den Landgerichten im mündlichen protocollarischen Verfahren auf abschriftliche Mittheilung der Klage gewöhnlich in Einer peremtorisch bestimmten Tagfahrt ein Prozeß — seltene Fälle abgerechnet — bis zum alle und jede gegenseitigen Angriffs- wie Vertheidigungsgründe umfassenden Erkenntnisse verhandelt wird.

Es ist der zuvor unter 3. von mir in Schutz genommenen Verfahrensweise, welche sich der bairische revidirte Entwurf von 1827 und die badische Prozeßordnung angeeignet haben, schon der Vorwurf gemacht worden, daß sie die beiden Wege, auf welchen der Zweck der Prozeßinstruction: den Richter in den Stand zu setzen, ein gerechtes und gründliches Urtheil über die Sache zu fällen, zu erreichen stehe, nämlich der des schriftlichen und des mündlichen Vortrags an den Richter zugleich aufnehme, daß dieß aber als unnöthige Vervielfältigung der Arbeit und Kosten erscheinen müsse.[*]) Dieser Vorwurf ist m. E. ungerechtfertigt. Allerdings wird dem Richter das Material für seine Entscheidung durch Schrift und mündliche Rede in doppeltem Wege geliefert, allein beides aus sehr gewichtigen Gründen und zu sehr erheblichem verschiedenem Zwecke. Auf jedem der beiden Wege, des schriftlichen und mündlichen Vortrags, werden wesentliche völlig verschiedene Zwecke bezielt, welche auf einem jeden derselben zusammen nicht erreicht werden können, und darum sind beide Wege des Vortrags neben einander wesentlich und mit Recht und Erfolg von der bairischen und badischen Gesetzgebung eingehalten, gerade so wie auch die Gesetzgebung von Frankreich

---

[*]) Archiv für civ. Praxis Bd. XI. S. 273.

beide Wege neben einander vorschreibt, wenngleich nach verschiedenen Gesichtspuncten und Folgen.

Durch die schriftlichen Vorträge soll eine Vorbereitung und feststehende Grundlage im Thatsächlichen für zweckentsprechende Vertheidigung, sowie eine gehörige Vorbereitung eines zweckentsprechenden geordneten mündlichen Vortrags und einer vollkommenen richterlichen Beurtheilung, eine Grundlage des Urtheils, sowie für ein richtiges System der Rechtsmittel geschaffen, durch den mündlichen Vortrag die Vielschreiberei verhütet und die unmittelbare Vertheidigung und alleinige Rechtsausführung vor allen Richtern herbeigeführt, also eine unmittelbare und getreue Auffassung und auf richtiger Grundlage ruhende Beurtheilung aller Richter geschaffen werden. Die Verbindung des mündlichen mit dem schriftlichen Vortrage, soferne Letzterer in den gehörigen Schranken gehalten wird, wird bei angemessener Anordnung weder eine größere Verzögerung noch größere Kosten verursachen wie das rein schriftliche Verfahren, daß aber weder das rein schriftliche, noch das rein mündliche Verfahren jedes allein den Anforderungen und Zwecken vollkommener Rechtsvertheidigung und zuverlässiger Rechtszutheilung nach allen Richtungen hin genügt, glaube ich zuvor nachgewiesen zu haben. Eine andere Frage, deren Beantwortung außer dem Zwecke dieser Abhandlung liegt, aber schon oben ihre Beantwortung in allgemeinen Andeutungen gefunden hat, ist die: ob die bezeichneten Gesetzgebungen in der Ausführung ihres Grundsatzes überall die gehörige Form und das gehörige Maas gehalten haben.

Die Beantwortung der Huissiers steht mit der außergerichtlichen Prozeßleitung in unzertrennlicher Verbindung, und es muß darum eine Gerichtsverfassung, welche die außergerichtliche Prozeßverhandlung von Anwalt zu Anwalt aufnimmt, auch das Institut der Huissiers wenigstens für diesen Zweck aufnehmen. Daß durch die richterliche Prozeßleitung bei dem Richter eine Befangenheit oder Hinneigung für oder gegen das Interesse einer oder der andern Partei bei der Entscheidung veranlaßt werden

möge, kann mit Grund nicht besorgt werden, weil der Richter durch die Leitung der Verhandlung in keiner Beziehung in eine Parteien- oder verfolgende Thätigkeit übertritt, aus der Prozeßleitung für den Richter keinerlei Interesse für die Entscheidung der Sache in einem bestimmten Sinne sich ergiebt, da der Inhalt der Prozeßverhandlung namentlich da, wo Anwälte auftreten, nicht sein Werk ist. Gerade diejenigen Handlungen der Prozeßleitung, aus welchen sich Anlaß und Grund zu einer Verantwortlichkeit und folgeweise einer Betheiligung für den Richter ergeben kann, müssen unter allen Umständen dem Richteramte verbleiben, und sind auch nach der französischen Prozeßgesetzgebung dem Richter verblieben, weil sie richterliche Gewalt der Entscheidung voraussetzen, eben wie Erkennung von Arresten, provisorische Anordnungen, Wiederherstellung gegen Fristversäumnisse, Fristerstreckungen 2c.

Die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Schlußverfahrens vor dem entscheidenden Gerichte ist auch an diese Form der außergerichtlichen Prozeßleitung durch die Anwälte nicht gebunden, weßhalb auch der königlich Bairische revidirte Entwurf von 1827, die Gr. Badische Prozeßordnung von 1832, sowie der neueste, im Jahre 1844 den Ständen vorgelegte Entwurf einer Gerichtsverfassung, während solche die öffentliche mündliche Schlußverhandlung aufgenommen haben, die außergerichtliche Prozeßinstruction durch die Anwälte nicht aufgenommen hat. Der Bairische Entwurf von 1831 hat dagegen die Prozeßverhandlung von Anwalt zu Anwalt, jedoch in veränderter Weise, wie die französische Gesetzgebung aufgenommen.

Das mündliche Schlußverfahren muß, wenn sein Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt werden soll, auf einer *sicheren, zuvor ausgeprägten, unwandelbaren Grundlage* im *thatsächlichen Theile* des Streites ruhen, dasselbe muß möglichst kurz, in *Einem ununterbrochenen Acte beendigt* sein, damit das Urtheil sogleich erfolgt, solange die mündliche Rede noch im Gedächtnisse der Richter ist. Sobald

aber in dem Termine der mündlichen Verhandlung noch viel über das Thatsächliche gestritten, solches vielfältig geändert werden kann, wenn sogar, wie es nach französischem Prozesse, eben in Folge dieser außergerichtlichen Prozeßverhandlung der Fall ist, weitere schriftliche Verhandlungen nach beendigtem mündlichen Verfahren angeordnet werden müssen, um das Bild des Thatsächlichen rein herzustellen, so sind natürlich diese Verhandlungen dem Zwecke der Mündlichkeit völlig zuwider und nachtheilig, und der stärkste Beleg der Unvollkommenheit des Verfahrens.

Eben wegen der Mangelhaftigkeit der außergerichtlichen Prozeßleitung durch die Anwälte für die Zwecke des Verfahrens hat der französische Prozeß die vielen besonderen Bittschreiben (requêtes) an den Gerichtspräsidenten während der Verhandlungen, um dadurch mittelst einer Zwischenverhandlung richterliche Bestimmungen über gewisse Vor- und Nebenfragen zu erwirken, welche dann von Anwalt zu Anwalt abschriftlich zur Nachricht und zur (défense) Beantwortung durch Vermittelung der Huissiers mitzutheilen sind ꝛc. In diesen vielen Fällen der Anrufung der richterlichen Thätigkeit und Einwirkung des Richters während der Verhandlung, und in den dadurch hervorgerufen werdenden Zwischenverhandlungen legt sich die Unzweckmäßigkeit dieser außergerichtlichen Verhandlung und die Unmöglichkeit einer zweckgemäßen Verhandlung ohne Mitwirkung des Richters dar, es gewährt sonach der französische Prozeß ein Bild eines Gemisches von richterlicher und außergerichtlicher Prozeßleitung, eine Zerrissenheit des Verfahrens, die nur Zögerung, Weitläufigkeit und Kostspieligkeit, den Gerichten aber mindestens ebensoviele Belästigung gewährt, wie die gesammte Prozeßleitung durch sie selbst, zumal das Schwierige und Streitige in der Prozeßleitung auch bei der außergerichtlichen Verhandlung von Anwalt zu Anwalt den Gerichten unter allen Umständen verbleibt. Aus der richterlichen Prozeßleitung entsteht überdieß noch der für richtige Rechtsfindung wesentliche Vortheil, daß der Referent der Sache schon im Voraus während des Verfahrens und vor der

Sitzung aus den Acten das Bild des Prozesses sich einprägt, und daß wenigstens Ein Richter schon vor der Zeit der Entscheidung im Stande ist, sich mit der Streitsache vertraut zu machen und eine zuvor durchdachte gutächtliche Ansicht auszusprechen. Der zu Gunsten der französisch rechtlichen Einrichtung bisweilen angeführt werdende Grund, daß außergerichtliche Prozeßinstruction den Parteien die freie Dispositionsbefugniß über ihre Rechte mehr erhalte und daß eine Einmischung des Richters in die Rechtsvertheidigung namentlich durch Fristbestimmungen den Character einer übergreifenden Beengung der Parteien in der freien Bewegung in ihrer Rechtsvertheidigung annehmen, bedarf kaum der Widerlegung.

Sobald das Richteramt mit dem Verlangen angegangen ist, ein bestrittenes Recht nach den Vorschriften der Gesetze zuzuerkennen, so muß das Urtheil ein gesetzgemäßes seyn, ein gesetzgemäßes Urtheil kann aber nur aus einer dem Zwecke der Entscheidung entsprechend geführten, die Anwendung der Gesetze gehörig vorbereitenden und gesetzgemäßen Verhandlung hervorgehen.

Wenn die Parteien über ihre Rechte disponiren, wenn sie in gegenseitiger Uebereinstimmung sich die Fristen selbst abändernd bestimmen, wenn sie sich Schiedsgerichten nach selbst bestimmten Formen unterwerfen, wenn sie sich über einzelne Puncte des zwischen ihnen streitigen Rechts vereinbaren wollen, so steht ihnen dies auch bei richterlicher Prozeßleitung frei, wenn und soweit sie aber vom Richter Entscheidung bestrittener Rechte nach dem Gesetze wollen, so muß dem Richter als Organ des Gesetzes auch das Recht zustehen, die für seine entscheidende Thätigkeit erforderlichen vorbereitenden Verhandlungen in ihrer Brauchbarkeit für den Zweck zu leiten, weil solche einen Theil des von ihm begehrten Actes bilden, den Parteien kann dann das Recht nicht anerkannt werden, die Vornahme der, die richterliche Entscheidung bedingenden Vorbereitungshandlungen in einer dem Zwecke nicht entsprechenden Form und Einrichtung zu verlangen; der Richter

muß dann in seinen Anordnungen auf der Grundlage des Gesetzes über den Willen der Parteien gestellt bleiben. Inhalt und Umfang ihrer Vertheidigung bleibt ihrer freien Disposition bei richterlicher Prozeßleitung in gleicher Weise überlassen, wie bei außergerichtlicher. Dieser angeführte Grund erlangt überdieß auch durch die außergerichtliche Prozeßinstruction keine nur irgend erhebliche Realität. Die freie Wahl des Anwalts verbleibt der Partei bei jeder Form der Prozeßverhandlung, eben so auch die Abfassung der Schriften; bezüglich der letzteren ist der Anwalt sogar bei der richterlichen Prozeßleitung noch selbstständiger, die freie Auswahl eines Huissier bringt der Partei keinerlei Vortheil, indem der Huissier seine Acte eben so nach Form und Inhalt nach der Vorschrift der Gesetze einzurichten hat, wie die Gerichte, die Gerichte überdieß alles während der Prozeßverhandlung vorkommende Schwierige oder Streitige zu ordnen und zu entscheiden haben, und gerade diese Mitwirkung der Huissiers in der Prozeßinstruction nach dem Zeugnisse französisch rechtlicher Juristen zur Quelle vieler Zwischenprozesse wird. [10]) Verbindende Fristen müssen bei jeder Form des Verfahrens für die Handlungen der Parteien vorgeschrieben werden, ob sie das Gesetz unmittelbar vorschreibt, oder der Richter sie nach den Anordnungen der Gesetze den Parteien im speciellen Falle bestimmt, ist nach Grund und Zweck dasselbe. Aus der vorstehenden Darstellung ergiebt sich als Resultat:

Die Leitung der der richterlichen Entscheidung voranzugehenden Verhandlungen im bürgerlichen Prozesse gehört nach Grund und Zweck zu den Functionen des Richters, bei der außergerichtlichen Prozeßverhandlung von Anwalt zu Anwalt kann der Grundsatz specieller Streitbefestigung, das Eventualprincip und die peremtorische Kraft der Termine nicht aufrecht erhalten, wenigstens nicht controlirt, es kann dabei die Einleitung frivoler, von vorn-

---

[10]) Rheinisches Archiv für Gesetz-Wiss. Bd. 3. S. 253. 254. Bd. 4. S. 131. 132. Feuerbach a. a. O. Bd. II. S. 184.

herein für verwerflich- zu erkennender und zurückzuweisender Prozesse nicht verhütet werden. Eine Abkürzung der Prozesse kann durch die außergerichtliche Prozeßverhandlung nicht erzielt werden, vielmehr ist das Gegentheil davon, sowie Vermehrung der Schreiberei und Kosten eine unvermeidliche Folge dieser Einrichtung; Unbefangenheit des Richters, Reinheit seiner Stellung bei der Entscheidung wird durch die richterliche Prozeßleitung in keiner Weise verrückt oder gefährdet.

Richterliche Mitwirkung und richterliches befehlendes Eingreifen in die Prozeßverhandlung ist auch bei der außergerichtlichen Prozeßleitung von Anwalt zu Anwalt, man treffe eine Anordnung welche es auch seye, in vielen, ja gerade in den wichtigsten Punkten nicht zu entbehren, die Prozeßverhandlung von Anwalt zu Anwalt kann also nichts anders, als eine Zersplitterung der Verhandlung und des nach Grund und Zweck in sich Zusammenhängenden unter mehrere Personen und damit Verzögerung, sowie Vermehrung der Arbeit und Kosten zur Folge haben.

Intelligenzblatt
zur
Zeitschrift für Civilrecht und Proceß.
Neue Folge. Band VI. 2. Heft.

IX.

Beiträge zur Lehre vom Irrthum im Civilrecht.

ἡ ἀλήθεια ἐλευθερώσει ὑμᾶς.
Joh. 18, 32.

Sechster Beitrag.

Ueber den Einfluß der Unwissenheit auf den Ablauf von Versäumnißfristen.

Von

Herrn Dr. **August Herrmann**, Regierungsadvokaten zu Köthen.

Donell. comment. jur. civ. lib. I. cap. 21.
Cocceji, jus civ. controv. IV. 6. qu. 4.
Unterholzner, ausführl. Verjährungsl. Bd. 1. §. 89. S. 295. §. 137. S. 494. Bd. 2. §. 153. S. 13—15.
Savigny, Syst. Bd. 3. Beil. 8. Num. XXIV—XXVI.

Im vorigen Beitrage findet sich die Regel aufgestellt: Irrthum werde bei Versäumnissen stets berücksichtigt, vorausgesetzt, daß sein Daseyn nicht auf grober Schuld beruhe.

Der factischen Eigenthümlichkeit der Versäumnisse zufolge kann Irrthum bei diesen überhaupt nur zur Berufung und fernerhin zur Berücksichtigung veranlassen, wenn er eben der Grund ward, denjenigen Zeitraum ungenützt vorüber gehen zu lassen, innerhalb dessen kraft gesetzlicher Vorschrift die nothwendigen Acte stattfinden oder doch beginnen sollen, um ein angefallenes Recht zu realisiren, in ein gegen wärtiges zu verwandeln, oder ein streitiges zu einem gewissen zu erheben. Gegen diese Nachtheile läßt sich rechtlicher Schutz in doppelter Weise denken, entweder direct, wonach man die Sache so ansieht, als ob während des Zeitraumes, wo Unwissenheit den Rechtserwerb verhindert, der Lauf der gesetzten Frist gleichsam stillstehe, oder indirect, wenn man trotz der vorhandenen Unwissenheit ununterbrochenen Ablauf der Zeit annimmt, gegen den auf solche Weise entstandenen Verlust aber die Rechtshülfe der Restitution gewährt. Beide Fälle kann man als Berücksichtigung des Irrthums betrachten, welcher durch seinen Einfluß auf die Willenskraft die mittelbare Ursache der Versäumniß bildet. Es entsteht damit die Frage: *auf welche Weise, ob direct oder indirect, jene Rechtshülfe vorzugsweise stattfindet.*

Die gemeine Ansicht unterscheidet zwischen Versäumnissen gegen ein tempus continuum und solchen gegen ein tempus utile, und gestattet nur in Betreff der letztern Classe eine Berücksichtigung der Unwissenheit auf directe Weise. Für die erstere dagegen besteht eine große Streitfrage, ob bei dieser der Irrthum ganz unberücksichtigt gelassen, sogar die indirecte Rechtshülfe verweigert, oder ob in Folge jenes mindestens Restitution ertheilt werde.

Die oben aufgestellte Regel darf darum keineswegs für allgemein zugegeben gelten. Sogar, was den Ablauf des tempus utile betrifft, giebt es einzelne Rechtslehrer, welche den Irrthum für diesen als regelmäßig ganz bedeutungslos erklären. Am wenigsten aber darf man Einigkeit in Betreff der Frage annehmen, ob beim tempus continuum die behauptete Berücksichtigung statthabe.

In Gemäßheit aller dieser Thatsachen bestimmt sich Umfang und Aufgabe der nachfolgenden Untersuchung. Theils soll sie die obige Regel ganz allgemein in Schutz nehmen, theils die Art und Weise genau feststellen, in welcher Weise die Rechtshülfe gegen den Einfluß der Unkenntniß effectuirt wird.

Zu diesem Behufe mag es jedoch nicht ausreichen, wenn man sich auf die Worte der fr. 7. und 8. de jur. et fact. ignor. 22, 6 beruft. Auch die allgemeine Natur der Verhältnisse welche im vorigen Beitrag hervorgehoben ward, wird denjenigen, welche für eine entgegengesetzte Meinung präoccupirt sind, keineswegs Genüge leisten. Man wird der Berufung auf jene Stellen die Möglichkeit einer anderen Erklärungsweise, vor Allem aber die Gültigkeit specieller Rechtsbestimmungen entgegenhalten, durch welche ein entgegengesetztes Resultat einigen Anschein der Richtigkeit gewinnt. Darum tritt die Nothwendigkeit ein, auf diese Specialgesetze näher einzugehen, und nachzuweisen, daß deren richtige Interpretation sowohl mit den angegebenen Aussprüchen Papinians, als den Forderungen einer verstandesmäßigen Billigkeit, in Vergleich mit den Grundprincipien des positiven Rechts, überall auf das vollkommenste harmonirt. Dieses Endergebniß wird die obige Regel als solche bestätigen, auch dadurch, daß sich das Daseyn etwaiger Ausnahmen durch die Einwirkung rein exceptioneller Gründe hinreichend erklären wird.

Wie bereits angedeutet, kann man zwei Gruppen der Versäumnisse bilden, je nachdem die ihnen bestimmten Fristen als tempus continuum oder utile berechnet werden. Da das tempus continuum sich durch die Eigenthümlichkeit unterscheidet, daß es abläuft ohne Rücksicht auf vielfache Hindernisse, welche der Realisirung des fraglichen Rechts entgegenstehen, während beim utile diese Hindernisse durchweg berücksichtigt, d. h. die Tage nicht mitgezählt werden, wo sie eingetreten sind: so mag es scheinen, daß nur bei der letzteren Art gegen den Irrthum Hülfe ertheilt werde.

Ueber diesen Punkt hat wahrscheinlich schon unter den Römern keine durchgreifende Einigkeit der Ansichten geherrscht.

A. Im fr. 1. de divers. tempor. praescr. 44, 3 [1]) zählt Ulpian unter denjenigen Hindernissen, welche für die Berechnung des tempus utile als solchen in Anschlag kommen, den Irrthum nicht mit auf. Dagegen nach anderen Stellen desselben Juristen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß er auch dem entschuldbaren Irrthum die Macht beigelegt habe, den Ablauf solcher Fristen zu hemmen. So behauptet er bestimmt in

> fr. 2. pr. quis ordo in B. P. 38, 15. ad Edict. Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum. Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet, ut per singulos dies scierit et potuerit admittere. Ceterum, quacunque die nescierit aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat.

Hier wird das nescire von dem non posse zugleich dem Begriffe nach bestimmt unterschieden, und der Wirkung nach vollkommen auf Eine Linie gestellt; und obwohl jene Sätze zunächst in speciellem Bezug auf die agnitio possessionis bonorum ausgesprochen werden; so liegt ihnen doch offenbar eine allgemeinere ratio zu Grunde, die sich über den ganzen Bereich des tempus utile erstreckt. Eben, weil für dieses die Tage der Unwissenheit überhaupt nicht mitgezählt werden, muß nach der

---

[1]) Ad Edict. Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit, experiundi potestatem habere. Et quidem imprimis exigendum est, ut sit facultas agendi; neque sufficit reo, experiundi secum facere potestatem, vel habere eum, qui se idonea defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. Proinde, sive apud hostes sit, sive rei publicae causa absit, sive in vinculis sit, aut si regione detineatur, ut neque experiri, neque mandare possit, experiundi potestatem non habet. Plane is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi habeat potestatem. Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui Praetoris copiam non habuit. Proinde hi dies cedunt, quibus jus Praetor reddit.

Meinung des Juristen ein Gleiches für das vorliegende besondere Verhältniß eintreten.

Abweichend davon scheint in folgender Stelle der Irrthum sogar dem Begriffe nach unter diejenigen Hindernisse versetzt zu werden, deren Berücksichtigung das eigenthümlich Characteristische des tempus utile im Gegensatz zum continuum bildet.

Fr. 55. de aedil. edict. 21, 1. Papin. Respons. Quum sex menses utiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriae actioni praestentur, non videbitur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit. Non idcirco tamen dissolutam ignorantiam, emptoris excusari oportebit.

Auch diese Entscheidung trifft zunächst nur die actio redhibitoria, und zwar den ganz speciellen Fall, wo ein erkauftes Mancipium am Fehler der Fugitivität litt. Allein sie erfolgt offenbar mit Bezug auf die sex menses utiles, quibus experiundi potestas fuit, also aus einem Grunde, welcher auf das tempus utile ganz allgemein Bezug nimmt.

Mit diesem Ausspruche des Juristen aber tritt beim ersten Blicke eine kaiserliche Verordnung in directen Widerspruch:

cst. 2. de aedil. edict. 4, 58. Gordian. Quum proponas, servum, quem pridem comparasti, post anni tempus fugisse; qua ratione eo nomine cum venditore ejusdem congredi quaeras, non possum animadvertere. Etenim redhibitoriam actionem se mensium temporibus, vel quanti minoris anno concludi, manifesti juris est.

Allein durch die Bestimmtheit, mit welcher sich Papinian ausspricht, wird es wenigstens höchst wahrscheinlich, daß entweder ein Versehen stattgefunden hat, dessen Möglichkeit auch durch die Eigenschaft des Gesetzgebers nicht ausgeschlossen ist, oder daß diesem Rescripte ein Fall zur Vorlage diente, bei welchem Irrthum als Hinderniß gegen die Anstellung der Klage gar nicht zur Sprache gekommen war.

Auch existirt kein Grund, dem Irrthum eine Macht abzu-

sprechen, welche den aufgezählten Hindernissen der potestas experiundi, wie entschuldbarer Abwesenheit und sehr schwerer körperlichen Leiden, ohne Frage zukommt. Man kann daher unbedenklich die allgemeine Regel aufstellen, daß die römischen Juristen das verzeihliche Nichtwissen als ein triftiges Hinderniß betrachtet haben, den Lauf des tempus utile zu hemmen, wo sich eine entgegenstehende spezielle Norm nicht nachweisen läßt.

B. Dagegen wird man eben deshalb leicht zu der Annahme verleitet, daß beim tempus continuum gerade das Gegentheil Geltung habe, d. h. Irrthum in keiner Weise Berücksichtigung finde.

In der That scheint es, als spreche Ulpian eine solche Ansicht aus im

Fr. 8. de his, qui not. 3, 2. ad Edict.

> Merito adjecit Praetor: „quum eum, mortuum esse sciret,“ ne ignorantia puniatur. Sed, quum tempus luctus continuum est, merito et ignoranti cedit ex die mortis mariti. Et ideo, si post legitimum tempus cognovit, Labeo ait: ipsa die et sumere eam lugubria et deponere.

Weder die Ansicht, daß das Trauerjahr der Wittwe auch ohne deren Kenntniß vom Tode des Mannes vorübergehe, noch der Satz des Labeo lassen sich aus irgend einem Grunde anfechten. Auch der Entscheidungsgrund Ulpians: quum tempus luctus continuum est, ist so bestimmt ausgesprochen, daß der Schluß davon auf die gegenwärtige Frage keinem Zweifel unterliegt.

Allein bei etwas näherer Prüfung der Stelle tritt sogleich die totale Verschiedenheit des in ihr behandelten Verhältnisses von jenem entgegen, welches bei Versäumnissen zur Sprache kommt. Hier steht keine Frist in Frage, innerhalb welcher eine den Vortheil der Wittwe bezweckende Handlung stattfinden soll, vielmehr ein Zeitraum, welcher mancherlei Beschränkungen mit

sich führt. Durch den Ablauf dieses letzteren erwächst also der betheiligten Person allein Nutzen; während bei den Versäumnissen im Gegentheil Verlust eintritt. Jene Wirkung erfolgt ganz unabhängig vom Wissen und Willen der Wittwe; diese dagegen wird als die Folge von der Nachlässigkeit desjenigen angesehen, dessen Rechte in Frage stehen, somit aber die Möglichkeit vom Einflusse des Willens in Folge von Kenntniß vorausgesetzt, weil sonst von einer Saumseligkeit gar nicht die Rede seyn könnte. Der vorliegende Fall gehört also unter den Bereich des unächten, die Versäumnisse unter jenen des ächten Irrthums.

Ferner giebt es ein kaiserliches Gesetz vom Jahre 319, also nach Ulpians Zeiten erlassen, in welchem die Berücksichtigung des Irrthums als ein von der Berechnung des tempus utile ganz unabhängiger Akt hingestellt wird.

> cst. 8. de dolo 2, 20. (21) CONSTANTIN[2]). Optimum duximus, non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse commemoravit, neque intra anni utilis tempus, sed potius ex eo die, quo adseritur commissus dolus, intra continuum biennium de dolo actionem moveri.

Diese Verordnung ergiebt bei genauerer Zergliederung folgende Resultate:

1) Die Verjährungsfrist der actio doli soll stets mit dem Augenblicke der verübten Arglist beginnen.

2) Es soll dabei keine Rücksicht auf die Unwissenheit Dessen genommen werden, welchem diese Klage zusteht,

3) ebenso keine auf diejenigen Hindernisse, welche den Lauf des tempus als eines utile hemmen.

4) Das biennium soll vielmehr als ein continuum in ganz besonders prägnanter Bedeutung, d. h. nach jeder Beziehung, ablaufen.

---

[2]) Cod. Theod. cst. 1. de dol. 2, 15.

Was folgt aus allem Diesem für den Zweck gegenwärtiger Abhandlung?

Die Eigenthümlichkeit des tempus utile im Gegensatz zum continuum besteht, wie gesagt, darin, daß bei jenem die Tage nicht in Rechnung kommen, quibus experiundi potestas non fuit.

Damit ein solcher Abzug stattfinden dürfe, wird eine in den Gesetzen, oder in sonstigen factischen Verhältnissen begründete Ursache vorausgesetzt, welche die Geltendmachung oder Erwerbung eines fraglichen Rechtes zur Unmöglichkeit macht, selbst unter der Voraussetzung, daß der betheiligte Theil den festen Willen besitzt, in keiner Weise sich eine Versäumniß zu Schulden kommen zu lassen. Zu den factischen Hindernissen dieser Art gehört z. B. Abwesenheit in Staatsgeschäften, Gefangenschaft, Kampf mit unbesiegbaren Naturhindernissen, tempus hostilitatis, gänzlicher Stillstand der Justizpflege. Alle diese und andere von den Juristen und Legislatoren bestimmt aufgezählte Hindernisse sind für den Ablauf des tempus continuum vollkommen gleichgültig.

Von der potestas experiundi jedoch unterscheidet sich nach Wesen und Begriff die voluntas experiundi. Da diese lediglich durch das Daseyn von Irrthum aufgehoben wird; so kann man z. B. nicht die Unkenntniß mit der Abwesenheit vergleichen, welche blos und unmittelbar die potestas vernichtet. So erklärt es sich, warum Ulpian, als Erklärer des Edictes der wichtigste Gewährsmann dieser Lehre, unter den eigentlichen Hindernissen der potestas agendi in fr. 1. de divers. tempor. praescr. die Unwissenheit nicht mit aufzählt, warum ferner derselbe Jurist im fr. 2. pr. quis ordo B. P. den Gegensatz zwischen admittere, posse und scire hervorhebt[3]). Wenn aber sogar Ulpian nach fr. 8. de his, qui not. seine Unterscheidung

[3]) Schon in der Formel der cretio vulgaris findet sich der Unterschied: heres esto, cernitoque in diebus centum proximis quibus scieris poterisque. Caj. (ed. Heffter) comment. II. §§. 164—166. 168.

nicht für die Lehre vom tempus continuum naturgemäß geltend gemacht hat; so ist er zu dieser Inconsequenz, vielleicht unwillkürlich, durch die Eigenthümlichkeit des Falles verleitet worden, welcher in jener Stelle seine Entscheidung findet. Ohne Zweifel ist jedoch der Gegensatz zwischen der äußeren Macht und dem inneren Willen, ein zukünftiges oder streitiges Recht zu realisiren, nebst den daran sich knüpfenden Folgerungen, auch den Römern keineswegs ganz entgangen. Dafür zeugt schon das obige Gesetz Constantins. Es begründet mindestens eine starke Vermuthung, allmählich habe die Ansicht immer mehr Boden gewonnen, daß dem Irrthum, als einem Hinderniß freier Willenskraft, eine Bedeutsamkeit gebühre, welche von dem lediglich durch Hemnisse der potestas experiundi bedingten Unterschiede zwischen tempus utile und continuum gar nicht berührt werde, vielmehr sich in völliger Unabhängigkeit von demselben praktisch geltend mache.

Den Begründer dieser Theorie lassen die Worte der fr. 7. und 8. de jur. et fact. ignor. in Papinian vermuthen[4]). Weil sich die Principien der Lehre vom Irrthum ohne Frage nur durch langsamen Fortschritt ausbildeten, im Kampfe mit hergebrachten starren Vorschriften und Formen; weil die nähere Ausbildung dieser Lehre ein Zeitalter von mehr geübter Reflexionsfähigkeit voraussetzt: so läßt sich kaum annehmen, daß jene Grundsätze jemals von dem genannten Juristen in ihrer Allgemeinheit zur Geltung oder Anerkennung gelangten. Jedoch wegen der eigenthümlichen Weise, in welcher sie der große Lehrer

---

[4]) Vergl. den vorhergehenden Beitrag. Ursprünglich mag als Eigenthümlichkeit der Continuität allerdings gegolten haben, daß sie die Berücksichtigung jedes Hindernisses und in jeder Weise ausschloß. Darauf deutet unter Anderen der Unterschied zwischen cretio vulgaris und continua. Alle Rechtsbestimmungen, welche jenen Begriff beschränken, gehören entweder den späteren classischen Juristen, oder der auf ihre Verdienste fortbauenden Gesetzgebung an.

ausgesprochen hatte, konnte es leicht geschehen, daß selbst die ausgezeichnetsten seiner Schüler sie weder nach ihrer ganzen Bedeutsamkeit erkannten, noch im Einzelnen folgerichtig durchführten, selbst da, wo ihre Anwendbarkeit durch specielle Bestimmungen nicht ausgeschlossen, oder sie durch die Natur der Sache empfohlen ward. Erst allmählich ward das Verständniß jener Aussprüche allgemeiner und ihr Gebrauch in der Praxis vorherrschend.

Ueberhaupt faßten die Römer den Begriff des tempus continuum durchaus nicht in einer so absoluten Weise, um den Ablauf desselben vollkommen unabhängig von jedem äußeren Hinnisse anzunehmen. In Wahrheit sollten rein unübersteigliche Impedimente der potestas experiundi auch für diese Art der Zeitberechnung in Abzug kommen. Um jedoch Rechtsumgehungen möglichst entgegen zu treten, ward die Eigenschaft der Unübersteiglichkeit blos solchen beigelegt, welche in bestimmter rechtlicher Vorschrift ihre letzte oder wahrhafte Ursache hindern[5]). „Quis „enim,“ sagt Justinian, „incusare eos poterit, si hoc non „fecerint, quod, etsi maluerint, minime adimplere, lege obviante, valebant[6])." Damit stimmt es vollkommen überein, wenn man der Unwissenheit eine gleiche Kraft beilegt, dem unüberwindlichsten aller Hindernisse, welches alle Kraftäußerung von Hause aus durch die dem Willen angelegten Fesseln unmöglich macht; und man verfährt durchaus nicht im Geiste des positiven Rechtes, wenn man den Irrthum analog der Abwesenheit behandelt, welche in vielen Fällen die Möglichkeit, Rechte geltend zu machen, keineswegs ausschließt.

Was sich nach allen diesen Gründen mindestens als hohe Wahrscheinlichkeit herausstellt, das wird durch das Folgende zu völliger Gewißheit erhoben werden.

---

[5]) c. 1. §. 2. de annali except. 7. 40. c. 22. §. 11. in f. de jure deliber. 6, 30. §. 29. J. de rer. divis. 2. 1. Thibaut über Bes. und Verjähr. Abth. 2. §. 24.

[6]) c. 1. §. 2. in f. de annali except.

I. Als das wichtigste derjenigen Verhältnisse im Civilrecht, bei welchen tempus utile oder continuum zur Sprache kommt, kann man ohne Bedenken die Klagenverjährung betrachten.

Dem Zweck dieses Beitrags gemäß entsteht für dieselbe die Frage: Wird beim Ablauf der einzelnen Verjährungsfristen Unwissenheit direct oder indirect berücksichtigt?

1) Was zunächst diejenigen betrifft, welche continue laufen, so entscheidet für sie vorzugsweise folgende Gesetzesstelle:

cst. 3. de praescr. 30 vel 40 annor. 7, 39. Theodos. a. 491 [7]). Sicut in rem speciales ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime portendantur. Sed, si qua res vel jus aliquod postuletur, vel persona qualicunque actione vel persecutione pulsetur, nihilominus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda. Eodem etiam jure in ejus persona valente, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio per longum tempus possidente nititur vindicare. Quae ergo antea non motae sunt, actiones triginta annorum jugi silentio, ex quo jure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. — — — Hae autem actiones triginta annis continuis extinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae, quae antiquis temporibus limitabantur. Post hanc vero temporis definitionem nulli movendi ulterius facultatem patere censemus, etiamsi se legis ignorantia excusare tentaverit.

Dieses Gesetz erklärt die Zeit der dreißig (oder vierzig) Jahre ausdrücklich für ein tempus continuum. Dessen ungeachtet soll nur die Berufung auf Rechtsunkenntniß, genauer ausge-

---

7) Cod. Theod. cst. un. de act. certo temp. fin. 4, 14. mit einzelnen erheblichen Abweichungen.

drückt, auf unverzeihlichen Irrthum nach dessen Ablauf abgeschnitten seyn. Daraus folgt durch ein argumentum a contrario, daß verzeihlicher Irrthum allerdings Berücksichtigung finden soll.

So wenig dieser Schluß Denjenigen richtig scheinen mag, welche Gewohnheit mit der entgegengesetzten Meinung vertraut gemacht hat; so wird eine vorurtheilsfreie Prüfung doch in dem sonstigen Inhalte der Verordnung nirgends einen Grund entdecken, welcher jenen entkräftet, oder als verwerflich darstellt. Und warum hätte wohl der Kaiser gerade die juris ignorantia hervorgehoben, welche regelmäßig als unverzeihliches Nichtwissen keine Berücksichtigung verdient? warum nicht vielmehr von ignorantia schlechthin oder insbesondere von facti ignorantia gesprochen, wenn er nicht eben jenen Gegensatz zu bilden, die letztere als entschuldbar und entschuldigend hinzustellen, bemüht gewesen wäre?

Daß aber nicht etwa in Beziehung auf eine bestimmte Classe von Personen, vielmehr von Jedermann gehandelt wird, dieß leuchtet ein aus dem Worte: nulli, welches der Gesetzgeber mit Absicht hinzugefügt hat.

Ueberhaupt, weil der fragliche Punkt nur im Vorbeigehen, in einem Nebensatze mehr berührt, als hervorgehoben wird, so scheint es, als habe der Kaiser hier nur an eine Bestimmung erinnern wollen, die sich nach damals herrschend gewordenen Ansichten bereits von selbst verstand. Wäre seine Ansicht gewesen, etwas ganz Neues, einen Grundsatz aufzustellen, welcher zu den seither geltenden in Widerspruch trat; so darf man annehmen, daß bei der sonstigen Weitläufigkeit des Ausdrucks, welche in dieser Constitution entgegentritt, eine umständliche Darlegung mit non und sed, quamvis und tamen oder dergleichen in das Daseyn getreten wäre.

Für die entgegengesetzte Ansicht beruft man sich vergebens auf

cst. 12. de praescr. longi temp. 7, 33. Nulla

> scientia vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio*),

— weil diese Worte Justinian's sich gar nicht auf das damnum durch Klagenverjährung, sondern das compendium durch longi temporis praescriptio beziehen.

Auch von der practischen Seite die Sache betrachtet, vom Standpunkte der Gesetzgebung aus, scheint es bei Weitem zweckmäßiger und gerechter, die Dauer der ordentlichen Verjährungsfrist zu kürzen, als die Bedenken, welche sich aus deren Länge gegen das Gestatten von Hindernissen ihres Laufes ergeben, auch auf die Wirkungen der verzeihlichen Unwissenheit auszudehnen*).

Ueberhaupt kommt in Betracht, daß die Möglichkeit, sich gegen Verjährungsfristen mit tempus continuum auf verzeihlichen Irrthum zu berufen, nur in seltenen Fällen eintreten kann. Aus diesem Grunde wird die wohlthätige Wirkung dieses Instituts, Sicherstellung der so lange Zeit de facto bestandenen Eigenthums- und Besitzverhältnisse gegen Angriffe jeder Art, durch die hier angenommene Meinung keineswegs aufgehoben. Wohl aber werden ganz im Geiste der römischen Humanität wahrhaft vorhandene Rechte mit demjenigen Grade von Schonung behan-

---

*) Eine wahre Ausnahme ist allein begründet in der so vielfach eigenthümlichen Verordnung der nov. 119. cap. 7. ut donatio propter nuptias specialis sit contract. — *Εἰ δὲ ἀγνοεῖ ὁ ἀληθὴς τῶν ἐκποιηθέντων πραγμάτων δεσπότης, καὶ ὅτι τὰ πράγματα αὐτῷ προσήκεν, καὶ ὅτι γέγονεν ἡ ἐκποίησις, κελεύομεν, μὴ ἄλλως τοῦτον ἀποκλείεσθαι, πλὴν εἰ μὴ διὰ τῆς παραγραφῆς τῆς τριακοντετίας.* Dieses Beispiel gesetzgeberischer Inconsequenz beruht entweder auf einer Verwechselung mit verwandten Lehren, oder bezeugt, daß selbst zu Justinians Zeiten über die hier in Frage stehende noch keine allgemeine Uebereinstimmung der Ansichten herrschte.

*) Das Angemessenste ist ohne Zweifel, den Unterschied zwischen tempus utile und continuum ganz aufzuheben, und mit billiger Berücksichtigung von Hindernissen der Klageanstellung durchweg kürzere, gleichmäßige Fristen einzuführen.

delt, welcher durch die Rücksicht auf das gemeine Beste überhaupt gestattet ist; während nach den entgegenstehenden Doctrinen jene in offenbar harter Weise preisgegeben werden. Obwohl die Klagenverjährung überhaupt als die nothwendige Wirkung der Nachlässigkeit des Berechtigten betrachtet, und darum nach römischem Rechte auf die Redlichkeit dessen, welcher auf solche Weise gewinnt, keine Rücksicht genommen wird; so enthält doch die Annahme eine offenbare Ungerechtigkeit, daß jener Nachtheil da eintreten solle, wo seine wesentlichste Voraussetzung mangelt.

2) Eben so wenig kann es einem Zweifel unterliegen, daß auch bei solchen Klagen, deren Verjährungsfrist als tempus utile berechnet wird, die Tage der verzeihlichen Unkenntniß vom Daseyn der streitigen Befugniß nicht mit in Anschlag zu bringen sind. Auch hat hier ganz anders, als bei der vorhergehenden Classe, die gemeine Ansicht längst das Richtige anerkannt.

Zwar eine umfassende Entscheidung wird für das vorliegende Verhältniß nirgends unumwunden, sondern nur in Bezug auf einzelne specielle Fälle ausgesprochen. So, außer dem bereits mitgetheilten fr. 55. de aedil. edict. 21, 1. in

fr. 6. de calumniator. 3, 6. Caj. ad edict. provinc.

> In illius vero personam, cum quo ut agatur, alius pecuniam dedit, dubitari potest, utrum ex die datae pecuniae numerari debeat, an potius, ex quo cognovit datam esse, quia, qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere. Et verius est, ex eo die numerari, ex quo cognovit[10]).

---

[10]) Vgl. Mühlenbruch im Arch. f. civ. Pr. Bd. 2. S. 336. „Höchstens läßt sich so viel zugeben, wenn man die Vorschrift in „L. 6. C. de calumniatoribus sehr allgemein verstehen will, daß, „wenn ein factum alienum der Grund der Existenz einer obligatio „ist, dem Berechtigten, ohne dieses Factum zu kennen, auch keine „Verjährung laufe." Höchstens? Ist Dies schon nicht etwas Be-

Wenn diese Art des Ausdruckes noch das Daseyn einer Controverse hervortretend erkennen läßt; so spricht ein späterer Jurist dieselbe Regel mit der völligen Sicherheit unzweifelhafter Gewißheit für ein anderes Verhältniß aus:

fr. 15. quod vi aut clam 43, 24. Ulp. ad Edict.

§. 4. Annus autem cedere incipit, ex quo id opus factum perfectum est, aut fieri desiit. — — §. 5. Sed si is sit locus, in quo opus factum est, qui facile non adiretur, ut puta in sepulchro vi aut clam factum est, vel in abdito alio loco; sed et si sub terra fieret opus, vel sub aqua vel cloaca aliquid factum sit: etiam post annum causa cognita, competit interdictum de eo, quod factum est. Nam causa cognita, annua exceptio remittenda est, magna et justa causa ignorantiae interveniente[11]).

---

deutendes? Eine Unkenntniß facti proprii wird sich in höchst seltenen Fällen als eine verzeihliche herausstellen.

[11]) Burchardi (Wiedereinf.) meint in den Worten causa cognita den Beweis für die Nothwendigkeit einer Restitution zu finden, — ohne ausreichenden Grund, weil richterliche Cognition auch ohne den Zweck einer solchen Restitution eintreten kann. — Savigny betrachtet jeden Irrthum, dessen Berücksichtigung beim Fristenablauf möglich ist, als ächten, d. h. nach seiner Theorie als Irrthum über den Beweggrund. Eben darum sucht er die Berücksichtigung überall möglichst zu leugnen, oder doch zu beschränken, und stellt namentlich die Regel auf, daß sie selbst bei solchen Klagen, deren Verjährungsfrist für tempus utile gelte, nicht stattfinde. Jedoch wahrscheinlich durch die obige Stelle verleitet, fügt er hinzu: „In einzelnen seltenen Fällen kann für den Kläger die Entdeckung der Rechtsverletzung so schwer seyn, daß sie der Unmöglichkeit gleich zu achten „ist; kann er also solche Umstände nachweisen, so wird die Verjährung ausnahmsweise von der Zeit seiner Kenntniß an gerechnet. „Es verhält sich also hier gerade umgekehrt, als in anderen Fällen, „worin die Unwissenheit Einfluß hat, und worin dieser Einfluß „gilt, wenn nur nicht eine besondere Nachlässigkeit dargethan werden „kann, anstatt daß bei Klagen mit tempus utile die Unmöglichkeit

Diese Gesetze sind wahrscheinlich die einzigen, welche in Betreff der als tempus utile berechneten Fristen der Berücksichtigung des Irrthums ausdrücklich Erwähnung thun. Gewöhnlich heißt es, die Klage solle zu laufen beginnen mit dem Augenblicke der Vollendung desjenigen Factums, welches ihr die Existenz giebt. Die dahin gehörigen Stellen, jedoch fast sämmtlich vom Ulpian entnommen, einem Juristen, welcher der Unwissenheit eine von den Hindernissen der potestas experiundi ganz gesonderte Bedeutsamkeit zugesteht, sollen offenbar nur die Regel angeben. Deren Ausnahmen, welche das Daseyn des Irrthums hervorruft, verstehen sich nach der Ansicht jenes Juristen so ganz von selbst, daß es ihrer speciellen Erwähnung oder Aufzählung in jedem einzelnen Falle eben so wenig bedarf, als für andere Verhältnisse, oder in Betreff solcher Hindernisse, welche unmittelbar die potestas experiundi aufheben. So müssen folgende Gesetze verstanden werden:

„der Kenntniß zu erweisen ist. Die besonders zahlreichen Fälle „zweifelhafter, unerweislicher Umstände kommen daher in anderen „Fällen dem Unwissenden, bei der Verjährung der einjährigen Kla„gen seinem Gegner zu Gute." Eine solche Unterscheidung beruht auf einer unrichtigen, willkührlichen Prämisse, und hat weder die Natur der Sache, noch specielle Vorschriften für sich. Wo nur justus, probabilis error Berücksichtigung findet, da muß der, wer dieselbe beansprucht, nicht allein das Daseyn des Irrthums, sondern auch dessen Qualität als eines verzeihlichen beweisen, nach dem Grundsatze, daß Jeder, wer ein Recht oder eine Rechtswohlthat in Anspruch nehme, nöthigenfalls die Existenz von deren Erfordernissen darzuthun habe. Die eigenthümliche Strenge, welche in der obigen Stelle zu liegen scheint, findet ihre Erklärung darin, daß die Unkenntniß Jemandes von einem auf seinem Grund und Boden errichteten opus meistentheils ganz eigenthümliche Hindernisse der Wahrnehmung voraussetzt, wenn jene nicht als die Folge grober Nachlässigkeit erscheinen soll. Die Worte justa ignorantiae causa erinnern ganz an die gewohnten Epitheta, womit sonst der verzeihliche Irrthum bezeichnet wird.

fr. 19. §. 6. de aedil. edict. 21, 1. Ulp. ad Edict.
Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet. Si autem mancipium ne redhibeatur, sed quanto minoris agatur, annus utilis est. Sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit, aut, si dictum promissumve quid est, ex eo, ex quo dictum promissumve quid est.

fr. 6. §. 14. quae in fraud. 42, 8. U. ad E.
Hujus [Paulianae] actionis annum computamus utilem, quo experiundi potestas fuit, ex die factae venditionis.

fr. 10. §. 18. eod. U. ad E.
Annus hujus in factum actionis computabitur ex die venditionis bonorum.

fr. 29. §. 5. ad leg. Jul. de adult. 48, 5. Ulp. de Adulter.
Sed mensium haec fit separatio, ut in nupta quidem ex die divortii sex menses computentur, in vidua vero ex die commissi criminis. Quod significari videtur rescripto ad Tertullum et Maximum Consules. Praeterea si ex die commissi criminis quinquennium praeterierit, debuit dici, nec mulierem posse accusari, ut, quod dantur sex menses utiles, sic sit accipiendum, ne crimen quinquennio continuo scriptum excitetur [12].

Nach dem aus allem Diesen gewonnenen Resultate muß die Bestimmung der oben mitgetheilten cst. 8. de dol., wonach die Verjährung der actio doli ohne alle Rücksicht auf die Bekanntschaft des Klägers mit der verübten Arglist laufen soll, als rein singuläre Ausnahme betrachtet werden. Auch wird dieselbe nicht befremden, wenn man bedenkt, wie wenig jene Klage von den römischen Gesetzgebern sonst begünstigt, wie vielfach sie im

[12]) Vgl. fr. 1. §. 10. ad Sct. Turpill. 48, 16. Die sechsmonatliche Verjährung zu Gunsten der Frauen ist jedoch bekanntermaaßen von Constantin durch die cst. 28. ad leg. Jul. de adult. antiquirt worden.

Gegentheil beschränkt worden ist, und wenn man ferner in Betracht zieht, daß dem Verletzten nach Ablauf der bestimmten zwei Jahre noch eine actio in factum unter den gewöhnlichen Bedingungen zusteht, in so weit wenigstens, als der Betrüger oder dessen Erben durch den dolus Bereicherung erlangt haben [13]).

II. An die Klagenverjährung schließt sich, noch verwandt durch innere Beschaffenheit, obwohl wesentlich verschieden durch die Natur des Objects, die Verjährung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand an, und auch für diese entsteht die Frage: ob bei Berechnung der ihr gesetzten Frist das Daseyn entschuldbarer Unwissenheit, welches die voluntas experiundi unmöglich macht, direct oder indirect in Betracht komme.

Durch die ganze vorherige Untersuchung findet sich für ein specielles Verhältniß die Regel bestätigt, welche Papinian so ganz allgemein aufgestellt hat, daß bei damnis error facti zum Nachtheile der irrenden Parthei nicht unberücksichtigt bleibe. Bei der Gleichartigkeit der Voraussetzungen entsteht dadurch die Vermuthung, was für die Verjährung der Klagen, das müsse auch für jene der restitutio in integrum Gültigkeit haben. Diese Vermuthung wird bestärkt, wenn man die ganze Bedeutung dieses Institutes, als einer besonderen Rechtshülfe gegen vielfache, durch eigenthümliche Mangelhaftigkeiten der menschlichen Natur bedingte Nachtheile, in Betracht zieht, und kann daher als Gewißheit hingestellt werden.

Auch nur Eine rechtliche Bestimmung für die Annahme des Gegentheils läßt sich nirgends nachweisen. Vielmehr wird durch das völlige Schweigen der Gesetze die Ansicht unterstützt, daß das neuere Recht der Römer die Berücksichtigung verzeihlichen Irrthums für die ganze Lehre von den Versäumnissen als ein nolabene, als Etwas, was sich von selbst versteht, überall vorausgesetzt hat.

---

[13]) Fr. 28 und 29. de dolo 4, 3.

Das canonische Recht scheint sich der seit alten Zeiten gemeinen Ansicht der Rechtslehrer angeschlossen zu haben, welche aus falschen Voraussetzungen[14]) das Resultat ableitet, daß die vierjährige Frist zum Nachsuchen der Restitution ratione initii unbedingt für ein tempus utile, und nur ratione cursus für ein continuum gelten müsse.

Von dieser Theorie ist ohne Zweifel so viel richtig, daß Unwissenheit dem Ablauf dieser Frist durchaus hindernd entgegentritt.

cap. 1. de restit. in integr. in 6to. 1, 21. GREGOR. IX. Ecclesia, quae ad retractandam sententiam vel contractum per beneficium restitutionis in integrum postulat se admitti, si quadriennii spatium post sit lapsum, et negligenter omiserit, non est ad beneficium hujusmodi

---

[14]) Sie gründet sich auf das Mißverständniß der cst. ult. de temp. restit. in integr. 2, 52. (53.) JUSTINIAN. Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes, sancimus, — — quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat. Denn, hat man geschlossen, da bei der Berechnung des tempus utile die Zeit des Nichtwissens überhaupt außer Anschlag bleibe; so könne insbesondere nicht angenommen werden, daß der annus utilis begonnen habe zu laufen, ehe dem Beeinträchtigten das Bedürfniß der Restitution zur Kenntniß gelangt war. Das Gleiche müsse aber nach den Worten des Gesetzes vom quadriennium continuum gelten. — So lange man jedoch die Bedeutsamkeit des Irrthums in ihrer Unabhängigkeit vom Begriffe der potestas experiundi und dem dadurch bedingten Unterschiede zwischen utile und continuum tempus nicht erkannt hat; so lange entbehrt eine solche Argumentation ihres wesentlichsten Anhaltepunktes. Man kann ihr dann mit größerem Rechte, weil mit mehr Consequenz, die Folgerung entgegenhalten, daß durch die Umwandlung des annus utilis ein quadriennium continuum für des letzteren Berechnung, auch was seinen Anfang betrifft, die Nothwendigkeit einer Rücksicht auf das Daseyn von Unwissenheit nothwendig weggefallen sey. Burchardi Wiedereins. S. 517—524. Es kömmt darum Alles auf die Voraussetzungen an, von denen man bei der Interpretation obiger Stelle ausgeht.

admittenda, nisi — — rationabilis causa subsit, quae superiorem movere debeat ad idem beneficium concedendum.

cap. 2. eod. Bonifac. VIII.

Si adversus confessionem in judicio a se factam laesa Ecclesia beneficium restitutionis in integrum intra quadriennium ab ipsius confessionis tempore computandum petere negligenter omittat: non est, nisi aliquid rationabile appareat, quod aliud suaserit faciendum, ad hoc petendum ulterius admittenda. Ubi vero per viam communem revocationis erroris, quem in facto praetendit, vult adversus suam confessionem Ecclesia se juvare; hoc quandocunque poterit, donec negotium sit finitum.

Wenn beide Decretalen auch zunächst nur von der römischen Kirche sprechen; so wird gleichwohl durch diesen Umstand die allgemeinere Bedeutsamkeit des Entscheidungsgrundes in keiner Weise beeinträchtigt.

III. Eine fernere Anwendung der Regel, daß bei Berechnung des tempus utile die Zeit der Unkenntniß regelmäßig in Abzug zu bringen sey, findet für diejenigen Fristen statt, welche bei der Agnition einer bonorum possessio oder bei der Adition des Testamentserben eintreten können.

Das verloren gegangene Edict, welches die Agnition der B. P. normirte, schloß sich wahrscheinlich nach Form und Inhalt an die Formel der im neueren Rechte abgeschafften[15]) cretio vulgaris an. Namentlich drückt Ulpian in dem früher mitgetheilten fr. 2. quis ordo B. P. 38, 15 sich in einer Weise aus, welche ganz an diese Formel erinnert, und Paulus stimmt ihm bei mit anderen Worten im fr. 1. §§. 1—4. de jur. et fact. ignor. 22, 6. ad Edict. und im fr. 10. de B. P.

---

15) const. 17. de jure deliber. 6, 30.

37, 1. ad Sabin., mit der weiteren Modification, daß in diesen Stellen der Unterschied zwischen juris und facti ignorantia bestimmt hervorgehoben wird. Aus dem Coder gehörten hierher

cst. 3. de jur. et fact. ignor. 1, 18. Philipp. Si, emancipata a patre, intra annum bonorum possessionem petere cessasti; praetendere juris ignorantiam nullis rationibus potes.

cst. 6. qui admitti 6, 9. Dioclet. et Maxim. Juris ignorantiam nec mulieribus prodesse in edicti perpetui cursu de agnoscenda bonorum possessione, manifestum est.

Vergl. cst. 9. eod.

Steht aber eine successio ex testamento in Frage, und ist dem eingesetzten Erben eine Frist zur Antretung vorgeschrieben; so kommt es natürlich zunächst auf die Worte des Erblassers an, um zu bestimmen, ob der Lauf der Frist seit dessen Tode oder seit der eingetretenen Kenntniß des Erben vom Inhalte der letztwilligen Verfügung zu laufen beginnt. Im Zweifel muß angenommen werden, daß auch für den Lauf dieser testamentarischen Frist das Hinderniß der Unkenntniß in Betracht komme. Denn dafür sprechen theils die allgemeinen Rechtsgrundsätze, theils die Analogie der vulgären Cretion [16]).

---

[16]) In der That existirt eine Stelle in den Pandecten, in welcher das Wort aditio aus cretio verwandelt zu seyn scheint, und die Berücksichtigung des Irrthums als etwas sich ganz von selbst Verstehendes vorausgesetzt wird:

fr. 86. de a. v. o. h. 29, 2. Papin. Ruf.

Pannonius Avitus, quum in Cilicia procuraret, heres institutus, unde vita decesserat, quam heredem se institutum cognosceret. Quia bonorum possessionem, quam procurator ejus petierat, heredes Aviti ratam habere non potuerant; ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant, quae stricto jure non competebat, quia intra diem aditionis Avitus obiisset.

Allein diese Stelle beweist an sich Nichts für die vorliegende Frage.. Denn, obgleich die Unkenntniß des Avitus den Grund der Versäumniß bildet, weil ohne Wissenschaft von der Existenz und des ge-

IV. fr. 1. §. 1. de jure deliber. 28, 8. Ulp. ad Edict.

Ait Praetor „Si tempus ad deliberandum petet, dabo."

fr. 2. eod. Paul. ad E.

Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi.

Diese Frist von hundert oder mehr Tagen läuft, wie alle diejenigen, welche durch obrigkeitliches Decret festgesetzt werden, ohne Frage erst, nachdem ein solches dem Impetranten zugefertigt worden ist. Die Zeit, innerhalb deren man um die Ertheilung dieser Frist einkommen muß, war nach älterem Rechte eben so wenig gesetzlich determinirt, als eine solche, innerhalb deren die Erbschaftsantretung stattfinden soll. So lange vielmehr der Erbe nicht durch die Gläubiger der Verlassenschaft gedrängt ward, stand es ihm vor deren ausdrücklicher oder stillschweigender Uebernahme jeder Zeit frei, um dieses beneficium nachzusuchen. Eine Transmission dieser Befugniß auf die Erben fand jedoch in keiner Weise statt. Sondern nach der Regel: Hereditas nondum adita non transfertur ad heredes, ward für die Erben des Erben mit der Möglichkeit, e jure successionis nachträglich die Verlassenschaft zu erwerben, auch jene zur Deliberation nothwendig ausgeschlossen.

Diese Bestimmungen sind durch Justinian bedeutend modificirt worden. Denn 1) hat er einen Zeitraum bestimmt, innerhalb dessen der Erbe um die Wohlthat der Deliberation nach-

---

schehenen Anfalles einer Erbschaft deren Antritt selbst durch einen Procurator nicht erfolgen kann; (fr. 19. 22. 30. §. 8. de a.v. o. h. 29, 2.) so liegt doch der Grund der gewährten indirecten Rechtshülfe durch Restitution nicht in dem Mangel an Kenntniß, sondern in der Abwesenheit des Avitus, welche auch dessen Erben zum relativen Vortheil gereichen soll. Uebrigens wird offenbar cretio continua vorausgesetzt, weil es sonst nicht einmal der Wiedereinsetzung bedurfte. Der Grund zur restitutio ist übrigens zugleich Grund zur transmissio der Anwartschaft auf die Erben, weil jene ohne diese nicht e persona defuncti nachgesucht werden könnte. Man vgl. fr. 30. cit.

zusuchen hat, wenn er nicht derselben ganz verlustig gehen will, 2) dieser Beschränkung dagegen die Vergünstigung beigefügt, daß für den Fall, wenn der Erbe vor Ablauf jenes Zeitraums, oder doch nach dem während dessen angebrachten Gesuche um obrigkeitliche Bestimmung der Deliberationsfrist, aber vor der letzteren Ablauf mit Tode abgeht, sowohl die Anwartschaft, als dies daran geknüpfte jus deliberandi mit allen Nebenbestimmungen auf des Erben Nachkommenschaft übergehen soll, 3) auch die Länge der Frist in verändertem Maßstabe festgesetzt, welche durch obrigkeitliche Auctorität dem Impetranten zur Ueberlegung überhaupt verwilligt werden darf[17]).

---

[17]) Da die im Texte aufgestellten Ansichten zum Theil sehr bestritten sind, zum Theil als ganz neu erscheinen müssen, und ihre Erörterung wenigstens mittelbar hierher gehört; so mag sie den Platz, der ihr im Texte nicht gebührt, in einer Note finden. Es kommt Alles auf die Erklärung folgender Constitution vom Jahre 529 an: cst. 19. de jure deliberand. 6, 30. Quum in antiquioribus legibus et praecipue in Quaestionibus Julii Pauli invenimus filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere, et aliis quibusdam adjectis, quae in hujusmodi personis praecipua sunt, eam deliberationem et in omnes successores, sive cognatos, sive extraneos, duximus esse protelandam. Ideoque sancimus: Si quis ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit, vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducat, praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa. Et, si quidem is, qui, sciens, hereditatem vel ab intestato vel ex testamento sibi esse delatam, deliberatione minime petita, intra annale tempus decesserit, hoc jus ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato vel ex testamento vel aliter ei cognitum sit, heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso, nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renuntiandam hereditatem manifestaverit, is cum successione sua ab hujusmodi beneficio excludatur. Sin autem, instante annali tempore, decesserit, reliquum tempus pro adeunda hereditate suis

Dadurch entstehen für die gegenwärtige Abhandlung folgende Fragen: 1) Kommt Unwissenheit für den Ablauf des tempus annale in Anschlag, innerhalb dessen der

---

successoribus sine aliqua dubietate relinquat. Quo completo, nec heredibus ejus alius regressus in hereditatem habendam servabitur. — Eine gewöhnliche Ansicht der Aelteren nimmt an, daß dieses Gesetz für den Erben ein legales spatium deliberandi begründet habe, nach dessen unbenutztem Ablauf sowohl er, wie seine Nachkommenschaft, von der Succession ganz ausgeschlossen bleibe. Thibaut Vers. Th. 2. S. 188, über Bes. und Verjähr. S. 164. Einer neueren Ansicht zufolge soll die Constitution bloß auf die Transmission an die Erbeserben Bezug nehmen, an den seither bestandenen Verordnungen über die Befugniß zur Deliberation und die Art ihrer Ausübung, insofern lediglich die Person des Erben in Frage stehe, nicht das Mindeste umändern. Schönemann Handb. des Civilr. Bd. 2. Num. 12. Buchholtz in dies. Zeitschr. Bd. 10. Abh. 10. S. 388—391. Vangerow Arch. f. civ. Pr. Bd. 22. Abh. 7. S. 155—168. Unterholzner ausführl. Verj. Bd. 2. §. 160. Keiner dieser beiden Erklärungsversuche verdient unbedingten Beifall. — Im Eingange der Constitution findet sich die Angabe, daß nach älteren Gesetzen beim Haussohne, wenn er während der Ueberlegung über den Antritt der väterlichen Verlassenschaft sterbe, die Transmission des Antrittsrechtes nebst der daran geknüpften Deliberationsbefugniß an seine Posterität statthabe. Diesem Anführen wird die Bestimmung beigefügt, diese Regel solle auf jederlei Erbeserben Ausdehnung erhalten, ohne Rücksicht auf den Unterschied zwischen heredes cognati und extranei, testamentarischer und Intestat-Erbfolge. Sodann werden die einzelnen Bedingungen entwickelt, unter denen allein diese Transmission möglich seyn soll; so, was sich von selbst versteht, daß der Antritt der Erbschaft weder ausdrücklich, noch stillschweigend von Seiten des Erben stattgefunden habe, ferner, daß, von der Zeit an gerechnet, wo der Erbe von der geschehenen Delation Kenntniß erhalten, entweder noch kein ganzes Jahr verflossen, oder doch innerhalb dieses Jahres das Gesuch um Ertheilung der Deliberationsfrist wirklich eingereicht, diese aber entweder noch nicht von Obrigkeitswegen festgesetzt worden, oder doch nicht vorüber sey. Bei dieser Gelegenheit, gleichsam, als sey der Gesetzgeber erst durch die angegebenen Bestimmungen auf diesen Punkt aufmerksam geworden, wird dann zugleich für den Erben verordnet, wenn er innerhalb Jahresfrist das Gesuch

Erbe um die Ueberlegungsfrist nachsuchen soll? Für die Person des Erben hat sich cst. 19. de jure deliberandi (s. d. Note) darüber so bestimmt ausgesprochen, daß die Worte des

---

um Ertheilung der Deliberationswohlthat unterlasse; so solle sowohl er selbst, als seine Nachkommenschaft derselben ganz verlustig gehen. Es wird also keineswegs eine gesetzliche Frist unmittelbar für die Deliberation selbst, wohl aber für das Gesuch um die Gewährung dieser Rechtswohlthat festgesetzt. Daraus folgt jedoch nicht, daß durch eine solche Versäumniß zugleich das Recht des Erben auf Adition gänzlich wegfallen soll.— Nur diese Art der Erklärung setzt die einzelnen Theile der cst. 19. cit. in vollkommene Uebereinstimmung, und beseitigt alle Dunkelheiten oder Widersprüche. — Namentlich ist danach der Sinn folgender Stelle ganz klar:

„Wenn er (der Erbe) selbst nach der Insinuation des Testaments oder nach einer ab intestato oder aus dem Testamente oder auf andere Weise erlangten Kenntniß von seiner Berufung zum Erben trotz des Ablaufes der Jahresfrist Nichts gethan habe, was auf Antritt der Erbschaft oder deren Entsagung mit Gewißheit schließen lasse (d. h. wenn er nicht um das spatium deliberandi nachgesucht habe); so solle sowohl er als seine Posterität von dem angegebenen Beneficium ausgeschlossen werden." —

Für den Erben besteht das Beneficium eben in der Deliberationsbefugniß, für seine Universalsuccessoren in der Transmission. Dagegen das Recht des Erben auf Antritt der Hinterlassenschaft gehört nicht unter die Kategorie des Beneficiums in dem Sinne, wie das Wort hier gebraucht wird. — Die Worte nec heredibus ejus im Schlußsatze deuten nicht etwa den Gegensatz an, daß nach dem unbenutzten Ablaufe der Jahresfrist die Erbschaft auch für den Erben selbst ganz verloren gehen soll, wenn er innerhalb dieses Zeitraums nicht deliberirt hat, sondern zeigen nur an, daß, wie der Erbe durch den Tod, so auch dessen Erben aus einem anderen Grunde der Successionsbefugniß verlustig gehen. Um jedoch die obige Constitution ganz zu verstehen, muß man folgende Fälle von einander trennen: 1) der Erbe stirbt innerhalb Jahresfrist nach erlangter Kenntniß vom Anfalle der Erbschaft, jedoch ohne um das spatium deliberandi nachgesucht zu haben. In diesem Falle dürfen die Erbeserben den Rest des Jahres dazu benutzen, dieses Gesuch noch nachzuholen. Versäumen sie Dies, so gehen sie zwar des beneficium deliberandi, nicht aber nothwendig des Rechtes zur Adition ganz verlustig. 2) Der Erbe stirbt nach dem innerhalb

Kaisers keinem Zweifel Raum gestatten. Für die Erbeserben aber entscheidet im Falle der Transmission der Grundsatz, daß sie ihren Erblasser vollkommen repräsentiren. Auf deren eigene Kenntniß oder

---

Jahresfrist eingereichten Gesuch um Ertheilung des spatium deliberandi, aber vor des letzteren Ablauf. Ist in diesem Falle noch bei jenes Lebzeiten die Frist zur Ueberlegung schon festgesetzt; so läuft deren Rest noch zum Besten des Erbeserben, ohne daß jedoch diese, wenn sie sich innerhalb derselben nicht erklären, deshalb des Rechtes auf Adition absolut verlustig gehen. Ist die Festsetzung noch nicht geschehen; so werden die Erbeserben ganz, wie die Repräsentanten des Erben selbst, behandelt. 3) Dagegen fällt der Grund zur Transmission ganz weg, wenn der Erbe nach der von seiner Kenntniß der Delation an gerechneten Jahresfrist mit Tode abgeht, ohne um das spatium deliberandi eingekommen zu seyn, oder nachdem er um dasselbe zwar nachgesucht, jedoch sich während seines Ablaufes nicht erklärt hat.

Die Richtigkeit der vorstehenden Interpretation wird auch dadurch bestätigt, daß Justinian in der zwei Jahre später, 531, erlassenenen cst. 22. §. 13. eod. des Daseyns einer solchen gesetzlichen Deliberationsfrist, wie man es häufig angenommen hat, keine Erwähnung thut, sich vielmehr, was das Gesuch um Ertheilung dieser Frist betrifft, auf die seit alter Zeit bestandenen Normen beruft, und dabei als den Grund für deren Schonung seine Rücksicht für die antiquitas angiebt, cst. 22. §. 13, cit. Quum — liceat — et adire hereditatem, et sine damno ab ea discedere ex praesentis legis auctoritate, quis locus deliberationi relinquitur? Sed, quia quidam vel vana formidine vel callida machinatione, pro deliberando nobis supplicandum necessarium esse, existimant, quatenus eis liceat, annale tempus tergiversari, et hereditatem inspicere, et alias contra eam machinationes excogitare, et eandem deliberationem flebilibus assertionibus, repetita prece, saepius accipere; ne quis nos putaverit antiquitatis penitus esse contemptores, indulgemus quidem eis petere deliberationem vel a nobis vel a nostris judicibus, non tamen amplius ab imperiali quidem culmine uno anno, a nostris vero judicibus novem mensibus, ut neque ex imperiali largitate aliud tempus eis indulgentur, sed, et si fuerit datum, pro nihilo habeatur; semel enim, non saepius, eam peti, concedimus. Vergl. fr. 3. de jure deliberand. Diese Stelle enthält zugleich die dritte von den im Texte erwähnten Modificationen Justinians, in der Bestimmung neuer Fristen, mit dem

Unkenntniß wird daher keine Rücksicht genommen, vielmehr Alles nach der Person des Transmittenten beurtheilt. 2) Bildet Irrthum ein Hinderniß für den Beginn des Zeitraums, welchen die angegangene Obrigkeit zur Ueberlegung überhaupt zu gestatten hat? Die bejahende Antwort versteht sich deshalb von selbst, weil der Lauf einer solchen Frist vor der Insinuation der erlangten Verwilligung an den Impetranten nicht stattfinden kann, und zufolge der Praxis sogar erst unmittelbar nach dem Insinuationstage seinen Anfang nimmt.

Arg. fr. 1. si quis caution. in judic. sist. 2, 11. Caj. ad Edict. prov.

Vicena millia passuum in singulos dies dinumerari Praetor jubet, praeter eum, quo cautum promittitur, et in quem sistere in judicium debet.

V. Außerdem findet sich der neuen Vorschrift, daß der berufene Erbe, um sich vor einigen Verlusten aus der Erbschaftsantretung zu sichern, binnen dreißig Tagen ein Erbschaftsinventarium zu errichten habe, die ausdrückliche Bestimmung beigefügt, dieser Zeitraum nehme seinen Anfang erst von dem Tage, wo der Erbe die Delation in Erfahrung bringe.

cst. 22. §. 2. de jure deliber. — ut intra triginta dies, post apertas tabulas, vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam sibi ab

---

Zusatze, daß dieselben nur Ein für alle Mal ertheilt werden sollen. Es wird übrigens nur das zu bewilligende Maximum angegeben, das Minimum des älteren Rechtes also keineswegs aufgehoben. Das Gleiche gilt von dem Grundsatze, wonach auf Drängen der Erbschaftsgläubiger auch vor Jahresablauf, nachdem der Erbe die Delation erfahren hat, obrigkeitlich eine Frist zur Ueberlegung festgesetzt werden kann, obwohl auch in diesem Falle, wenn der Deliberant vor deren Ablauf stirbt, die Transmission auf die Erbeserben nach Maaßgabe der neueren Bestimmungen stattfindet.

intestato hereditatem cognoverit, numerandos, exordium capiat inventarium.

VI. Bei der querela inofficiosi testamenti kann ebenfalls der Einfluß des Irrthums auf Versäumnisse zur Sprache kommen. Denn 1) hat der eingesetzte Erbe auf Antrag des zur Querel Berechtigten innerhalb gesetzlicher Frist, die, wie es heißt, mit dem Tode des Erblassers beginnt, und für den abwesenden ein Jahr, für den anwesenden sechs Monate beträgt, sich bestimmt zu erklären, ob er die angefallene Erbschaft antreten oder ausschlagen wolle. 2) Verjährt die Querel innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren, gerechnet vom Augenblicke, wo der Eingesetzte die Erbschaft angetreten hat. Beide Fristen werden für tempus continuum erklärt.

cst. 36. §. 2. de inofficios. testam. 3, 28. Justinian. Illud praeterea sancimus, ut tempora inofficiosi querelae ab adita hereditate secundum Ulpiani opinionem currant, Herennii Modestini sententia recusata, qui a morte testatoris illico cursum de inofficioso querelae temporibus dabat: ut non liceat heredi, quando voluerit, adire, ne per hujusmodi tramites interim filius defraudetur debito naturali. Sancimus itaque: ubi testator decesserit alio scripto herede, et speratur de inofficioso querela, necessitatem habere scriptum heredem, si quidem praesto est, in eadem commanens provincia, intra sex mensium spatium, sin autem seorsum utraque pars in diversis provinciis degit, tunc intra annale tantummodo spatium, simili modo per continuum a morte testatoris numerandum, omnimodo adire hujusmodi hereditatem, vel manifestare suam sententiam, quod hereditatem minime admittat. Expeditus etenim ita tractatus inducitur filio, memoratam movere querelam. Sin vero scriptus heres intra statuta tempora minime

adierit, per officium quidem judicis heredem scriptum compelli, hoc facere.

Man vergl. fr. 8. §. 10. de inoff. test. 5, 2. cst. 34. cod.

Was nun zunächst die Verjährung der Inofficiositätsquerel selbst betrifft; so muß auf den ihr bestimmten Zeitraum Dasjenige Ausdehnung finden, was über die continue laufenden Verjährungsfristen der Klagen als das allein Richtige anerkannt ward. Für den Zeitraum aber, welcher dem eingesetzten Erben bestimmt ist, muß die Berücksichtigung der Unwissenheit theils nach den gewonnenen allgemeinen Gesichtspunkten, theils nach der Analogie mit verwandten Fristen, so namentlich nach Maaßgabe der cst. 19 und 22. §§. 2 und 13. de jure deliberandi. 6, 30. beurtheilt werden. Danach ergiebt sich für beide Fristen allerdings die Statthaftigkeit einer Berücksichtigung des Irrthums. In Betreff der letzteren kann darüber um so weniger Zweifel bestehen, weil sie nicht einmal den Character einer präclusivischen hat, vielmehr ihr Ablauf der betheiligten Behörde nur das Recht giebt, ex officio nun zur eidlichen Erklärung eine präclusivische Frist anzuberaumen, für deren Ablauf die gewöhnlichen Regeln zur Anwendung kommen. Die Fassung des obigen Gesetzes widerlegt die hier aufgestellte Ansicht nicht, weil es überall nur die Regel im Auge hat.

VII. Ferner gehören hierher folgende kaiserliche Verordnungen:

cst. 10. de legitim. hered. 6, 58. Theodos. et Valentin. Sciant, qui ad successionem pupilli mortui vocantur, si, defuncto ejus patre, tutorem ei secundum legem petierint intra annum, omnem eis — — successionem ejus, si impubes moritur, denegandam esse.

cst. 8. qui petant tutor. 5, 31. Dioclet. et Maxim. Quum a matribus sedulum petendi tutoris officium exigatur, nec fortuiti casus impedimentis adscribantur, proponasque procuratorem, qui ad petendum pupillo

tutorem a matre fuerat constitutus, a latronibus interfectum, petitionem ex necessitate demoratum esse : ab hereditatis successione matrem repelli, cujus nullum vitium intercessisse asseris, perquam durum est.

Aus den Worten : nec fortuiti casus impedimentis adscribantur, geht hervor, daß diese Frist ursprünglich als tempus continuum betrachtet ward. Allein dieselbe Constitution, in welcher sie sich finden, bezeugt zugleich, wie im Geiste der neueren Jurisprudenz mildere Grundsätze zur Herrschaft gelangten. Selbst abgesehen davon, kann nach den oben gewonnenen Gesichtspunkten kein haltbarer Zweifel darüber bestehen, daß die Berücksichtigung der Unwissenheit, wie überhaupt, so auch für den vorliegenden Fall jetzt vom Begriffe der Continuität als rein unabhängig betrachtet werden muß. Die Specialität des vorliegenden Verhältnisses bietet Nichts dar, was dagegen Bedenken erregen könnte. Da vielmehr die Erbschaftsentziehung wegen unterlassener Petition des Vormundes als Strafe für die bewiesene grobe Nachlässigkeit oder die dieser gleichstehende Unredlichkeit angesehen wird[18]); so fallen diese Gründe weg, wo ein verzeihlicher Irrthum die Ausübung der fraglichen Pflicht zur Unmöglichkeit machte[19]).

VIII. Auch die Excusationsfrist der fünfzig Tage oder bei bedeutender Entfernung des bestellten Tutors oder Curators vom Orte der Bestellung von noch längerer Zeit beginnt auf die gewöhnliche Weise, wie alle in Folge eines obrigkeitlichen Decretes laufenden Zeiträume, nachdem der Vormund von der an ihn geschehenen Amtsübertragung officielle Kunde erhalten hat.

§. 16. J. de excus. 1, 25.

Qui autem excusare se volunt, non appellant, sed intra

---

[18]) fr. 2. §. 1. qui pet. tut. 26, 2. MODESTIN. Excusat. *Ἡ μὲν γὰρ μήτηρ ἐξελαύνεται τῆς τοῦ παιδὸς, νομίμου κληρονομίας, ὡς οὖσα ἀναξία λαβεῖν κλῆρον νομίμον, μὴ φροντίσασα αὐτῷ κατασθῆναι ἐπίτροπον.*

[19]) Man vergl. den dritten Beitrag unter dem Abschnitte vom dolus.

dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt, se esse tutores vel curatores datos, excusare se debent, cujuscunque generis sint i. e. qualitercunque dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt, si vero ultra centesimum habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum et amplius triginta dierum; quod tamen, ut Scaevola dicebat, sic debet computari, ne minus sint, quam quinquaginta dies.

Damit stimmen überein:

fr. 13. §. 9. de excus. 27, 1.
cst. 6. eod. 5, 62.
Fragm. Vatic. §. 165.

Aus der seither geführten Untersuchung ergiebt sich als Hauptresultat die Bestätigung der Regel, daß verzeihlicher Irrthum bei Versäumnissen allerdings zur Berücksichtigung kommt. In welcher Weise aber dies geschieht, ob direct oder ob indirect, d. h. durch Restitution, darüber sind im Vorhergehenden nur Andeutungen, keine bestimmte Entscheidung vorgekommen.

Die gemeine Ansicht nimmt an, beim tempus utile werde Irrthum direct berücksichtigt, so daß er den Ablauf der Fristen verhindere, während beim continuum Rechtshülfe nur im Wege der Restitution eintrete. Diese Unterscheidung tritt jedoch beim ersten Blick schon deshalb als unhaltbar oder mindestens als zweifelhaft entgegen, weil sie auf der falschen Voraussetzung beruht, daß die Rechtshülfe gegen Irrthum beim Fristenablauf durch den Unterschied zwischen tempus utile und continuum bedingt sey.

A. Was jedoch das utile betrifft; so bestätigen sowohl die bestimmtesten Aussprüche der Quellen, als allgemeinere Ge-

sichtspuncte die Richtigkeit der communis opinio. Mindestens die gleiche Wirkung, welche aus dem Daseyn triftiger Hindernisse gegen die potestas experiundi entspringt, ist auch jenen gegen die voluntas experiundi beizulegen. Dies bestätigen insbesondere jene Stellen, welche in Betreff der Wirksamkeit die potestas mit der voluntas entweder auf Eine Linie setzen, oder beide Begriffe in Eins zusammenwerfen.

Wenn man sich aber auf solche Aussprüche der Quellen beruft, welche für specielle Fälle den Lauf des tempus utile vom Augenblicke der Läsion bestimmen, dabei aber des Einflusses von Unwissenheit eben so wenig Erwähnung thun, wie von Zwang, Gefangenschaft und anderen Hindernissen; so verfährt man dabei ganz ohne Rücksicht auf die Manier der Alten und überhaupt auf die Erfordernisse einer angemessenen Darstellungsweise. Was oben bereits über die Unzulässigkeit eines solchen Interpretationsverfahrens bemerkt ist, das wird vollkommen ausreichen, obwohl sich andere Gründe leicht daran anknüpfen ließen.

B. Dagegen das tempus continuum anbelangend, scheint es beim ersten Blicke, als habe für dieses die Annahme einer Wiedereinsetzung wegen der aus Irrthum versäumten Fristen mehr für sich.

Vom Standpunct der gemeinen Ansicht hat man hier die Analogie der Abwesenheit geltend zu machen versucht, auch sich auf die Generalclausel des Restitutionsedictes berufen „Item, si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituam," — nicht weniger auf den Ausspruch des Paulus in fr. 2. de in integr. rest. 4, 1. wo unter den Gründen der Wiedereinsetzung „justus error" ausdrücklich genannt wird.

Nun mag der Prätor allerdings anfänglich in der Bewilligung einer restitutio das einzige Mittel erblickt haben, die aus Gründen der aequitas nothwendige Berücksichtigung der Unwissenheit gegenüber den starren Normen des alten stricten Civilrechtes zu realisiren. Allein theils darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß sich auch bei rein prätorischen Instituten, bei denen

ein tempus utile zur Sprache kommt, wie bei der Verjährung prätorischer Klagen, der Frist zur Agnition der B. P., die Berücksichtigung des Irrthums in jener directen oder unmittelbaren Weise angeordnet findet, wonach die Zeit des erwiesenen, verzeihlichen Nichtwissens bei der Berechnung des Zeitraums gar nicht in Anschlag kommt. Theils tritt bei einer näheren Betrachtung derjenigen Fälle, in welchen sich die alte prätorische Wiedereinsetzung wegen Irrthums laut unleugbarer Quellenzeugnisse auch im neueren Rechte erhalten hat[20]), vorzugsweise bemerkbar ein doppelter Umstand entgegen, welcher die obige Ansicht zweifelhaft macht. Denn 1) betreffen jene Fälle nur Prozeßhandlungen oder doch solche, deren Vornahme unmittelbar unter gerichtlicher Autorität erfolgte, nirgends Verhältnisse, welche ganz außerhalb dieser begründet oder verhandelt wurden. 2) Sie enthalten nur positive Handlungen, keine Unterlassungen[21]). Wenn man diese

---

[20]) Man vergl. fr. 1. §. 6. quod falso tutor. auct. gest. esse dic. 2, 16. Ait Praetor : „Si id actor ignoravit, dabo in „integrum restitutionem.“ §. 33. J. de act. 4, 6. Theoph. paraphr. ad h. l. Caj. (ed. Heffter.) IV. §. 53. Sueton in Claudio c. 14. fr. 11. pr. de except. rei judic. 44, 2. fr. 11. §§. 8—10. de interrog. in jure 11, 1. fr. 1. §. 17. de separat. 42, 6. Caj. IV. §. 57. §§. 5. 6. J. de hered. qual. et diff. 2, 19. Caj. II. §. 163. fr. 8. §. 2. qui satisdare cog. 2, 8. fr. 21. §. 1. de Sct. Silan. 29, 5. fr. 17. de his quae ut indign. 43, 9. fr. 1. §. 5. de edend. 2, 13. gehört nicht hierher.

[21]) Abgesehen von dem antiquirten Fall bei Caj. IV. §. 57. kommt eine wahrhafte Ausnahme davon nur in folgenden Gesetzen vor, aus deren Fassung jedoch die exceptionelle Natur der in ihnen enthaltenen Bestimmungen sofort hervorleuchtet : fr. 35. de re jud. 42, 1. Papir. Just. Constitut. Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt : quanquam sub obtentu novorum instrumentorum restituti negotia minime oporteat, tamen in negotio publico ex causa permittere se hujusmodi instrumentis uti. cst. 4. Cod. 7, 52. Gordian. Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum res judicatas restaurari, exemplo grave est. fr. 11. pr. de except. rei jud. 44, 2. fr. 31. de jurejur. 12, 2.

beiden Puncte in Betracht zieht, und besonders, was den letzteren betrifft, erwägt, daß alle prätorischen Fristen, wodurch die Möglichkeit von Unterlassungen bedingt wird, als tempus utile laufen und darum directe Berücksichtigung des Irrthums gestatten; so wird man schon deshalb Bedenken hegen, eine Ausdehnung jener prätorischen Restitutionsfälle auf das vorliegende Verhältniß zu gestatten.

Ohne allen Zweifel hat sich später die Wissenschaft mit mehr humanistischem, durch die Bekanntschaft mit griechischer Philosophie geläutertem Geiste der Lehre vom Irrthume bemächtigt, und Grundsätze aufgestellt, welche mit größerer Freiheit von den Fesseln der alten Rechtsregeln die Natur der Sache und die praktische Zweckmäßigkeit möglichst in Betracht ziehen. Danach muß gegenwärtig die Entscheidung der hier vorgelegten Frage erfolgen, und es muß demzufolge in Gemäßheit des Satzes: Errantis nulla voluntas est, heut zu Tage die directe Irrthumsberücksichtigung, in so weit sie nicht durch die Natur der Sache oder durch specielle Vorschriften unmöglich gemacht ist, als Regel gelten. Deren Anwendbarkeit steht aber für den ganzen Umfang der Versäumnißfristen im Allgemeinen Nichts entgegen. Vielmehr erweist es sich auch für das tempus continuum offenbar als der kürzeste, zweckmäßigste, natürlichste Weg, Rechtshülfe gegen verzeihliches Nichtwissen dadurch zu gewähren, daß man die Zeit, während welcher dasselbe die Realisation eines streitigen oder zukünftigen Rechtes verhindert, geradezu für die Berechnung solcher Fristen ganz außer Ansatz läßt, oder, wenn man es so lieber will, in Abzug bringt. Wozu erst die Umschweife des judicium rescindens?

Schon deshalb, weil die Wiedereinsetzung durchaus für ein subsidiäres Rechtsmittel gilt, darf sie da keine Anwendung finden, wo neueren Principien zufolge sich unmittelbare Berücksichtigung als zulässig erweist. Es mag seyn, daß bei geringerer Ausbildung der allgemeineren Rechtsbegriffe und größerer Starrheit der speciellen Regeln die restitutio ob justum errorem eine viel

weitere Ausdehnung ihres Gebrauches zuließ und fand, als man ihr jetzt zugestehen darf. Allein ohne Zweifel hat die Rechtscultur in dieser Lehre einen ganz analogen Gang genommen, wie rücksichtlich der restitutio ob vim und dolum, d. h. allmählich die Weitläufigkeit der subsidiären Rechtshülfe verlassen, und an deren Statt die begriffsmäßigere, Decrete eingeführt[22]).

Diese Gründe werden unterstützt durch die unzweifelhaften Worte specieller Bestimmungen, wonach der Lauf gewisser Fristen, ohne daß diese geradezu für tempus utile erklärt werden, dennoch erst beginnen soll, nachdem der Betheiligte von ihrem Daseyn Kenntniß erlangt hat. So in fr. 13. §. 9. de excus. 27, 1. §. 16. J. eod. 1, 25. cst. 19. de jure deliber. 6, 30. cst. 22. §. 2. eod. Zu diesen Stellen stimmt vollkommen Theodosius des J. Ausspruch in cst. 3. de praescr. 30 vel 40 annor. Post hanc temporis definitionem nulli movendi ulterius facultatem patere censemus, etiamsi se legis ignorantia excusare tentaverit. Durch ein bereits oben vertheidigtes argumentum a contrario ergiebt sich der Satz: At hanc facultatem cuique patere censemus, qui se facti ignorantia excusare tentaverit. Dieser Ausdruck aber wird am passendsten dahin erklärt, daß auch nach Verlauf von dreißig und resp. vierzig oder fünfzig Jahren die Anstellung der Klage ohne Weiteres gestattet seyn soll, so weit dieselbe vorher durch vorhanden gewesenen Irrthum gehindert worden ist. Hätte der Kaiser an die Wiedereinsetzung oder deren Möglichkeit gedacht; — ohne Frage würde seine Verordnung ganz anders gelautet haben.

Eine richtige Erkenntniß von dem Verhältniß, in welches der Irrthum zu dem Ablauf von Versäumnißfristen mit tempus

---

[22]) Die actio de dolo und quod metus causa haben innerhalb ihres Bereiches nach neuerem Rechte die Anwendbarkeit der eigentlichen Restitution allmählich ganz verdrängt. Das fr. 15. §. 5. quod vi aut clam scheint in seiner Fassung die Andeutung zu enthalten, daß bei diesem Fall an die Stelle der Restitution erst nachher die directe Berücksichtigung trat.

utile tritt, reicht allein hin, um den Vorzug der hier vertheidigten Ansicht vor der gemeinen in das Licht zu setzen. Denn obwohl selbst so ausgezeichnete römische Juristen wie Cajus u. Papinian vom Irrthum behauptet haben, daß er die potestas experiundi aufhebe, so geht doch schon aus dem videri, welches Beide bei dieser Gelegenheit anwenden, zur Genüge hervor, daß der Irrthum eigentlich nicht, also nur uneigentlich zu denjenigen Hindernissen gezählt werden könne, deren Berücksichtigung, weil sie die potestas experiundi aufheben, speciell den Begriff des tempus utile als solchen im Gegensatze zum continuum bestimmt. In Wahrheit vernichtet der Irrthum zunächst die voluntas experiundi, und eben deshalb gebührt ihm eine Macht, welche durch den angegebenen Gegensatz in keiner Weise bedingt wird, deren Wirksamkeit vielmehr nur nach der Verschiedenheit des ihr vorgelegten Stoffes in verschiedener Weise zur Erscheinung gelangt. Darum besteht gar kein Grund, die Wirksamkeit des Irrthums da als eine andere anzunehmen, wo ein tempus continuum sein Object ausmacht, weil die Eigenschaft der Continuität auf die innere Natur des Zeitablaufs und auf dessen Verhältniß zum Willen des Säumigen durchaus keinen Einfluß übt. Auch für Fälle dieser Art gilt der Grundsatz, daß von einer Nachlässigkeit da nicht die Rede seyn dürfe, wo der Wille, gefesselt durch die Macht der Unwissenheit, seine moralische Fähigkeit nicht zu bethätigen vermochte. Nur in einem bestimmt abgegrenzten Rechtsgebiete hat sich die Wiedereinsetzung wegen verzeihlicher Unkenntniß bis zum heutigen Tage nicht allein erhalten, sondern noch mehr befestigt und ausgebildet, im Prozeßrechte, und zwar in zweifacher Weise, 1) als die so oft gemißbrauchte restitutio e clausula generali Praetoris, 2) als restitutio e capite novorum. Doch hat das letzte Institut seine wahrhafte Ausbildung und heutige Gestalt erst durch deutsche Praxis und Gesetzgebung bekommen[23].

---

[23]) Gönner Handb. Bd. 3. 66. §§. 2—5. Linde Lehrb. §. 424, besonders Not. 14—17. Desselb. Handb. Bd 4. S. 497 ff.

Zum Schlusse noch Folgendes: Der factischen Eigenthümlichkeit der Versäumnißfristen zufolge wird Irrthum in der Regel nur bei deren Beginn vorkommen. Als der gewöhnlichste Fall ist derselbe der ganzen vorherigen Darstellung zu Grunde gelegt. Es kann jedoch auch vorkommen, daß Jemand beim Beginn einer Frist von deren Laufe Kenntniß besitzt, nachher aber, getäuscht durch verzeihliche Unwissenheit, dessen Nichtexistenz fälschlich annimmt. Ueberhaupt läßt es sich denken, daß Irrthum in allen Zeitpuncten eines Fristenablaufes eintrete, die Realisirung der streitigen oder zukünftigen Befugniß verhindernd. Es frägt sich, von welchem Zeitpunkte in Folge der Irrthumsberücksichtigung der Beginn betreffender Fristen angenommen werde. Man kann sagen: Wenn Jemand zwar Anfangs vom Daseyn einer Frist wisse, nachher aber sich so täuschen lasse, daß er dasselbe irrthümlich nicht mehr annehme: so habe er es eigentlich nie so recht gekannt. Man dürfe darum von einer wahrhaften Kenntniß nicht sprechen, sondern den Lauf der Frist erst seit dem Augenblicke berechnen, wo der nachher entstandene Irrthum wieder einer richtigern Einsicht Platz gemacht habe. Allein dagegen wird man mit mehr Recht erwidern: Jede Kenntniß von dem Daseyn einer Frist müsse den Betheiligten antreiben, dieselbe entsprechend zu benutzen. Wenn er nachher in einen solchen Irrthum verfalle, daß er den Lauf der Frist als nicht vorhanden annehme, hierauf jedoch wieder zu richtiger Einsicht gelange; so müsse er dann um so ernstlicher daran denken, den Rest der Frist, welcher nach Abzug des Zeitraums der früheren Kenntniß übrig bleibe, zu dem gesetzten Zwecke zu benutzen. Sonst mache er sich offenbarer Saumseligkeit schuldig. Dies zugegeben, können jedoch ganz eigenthümliche Fälle eintreten, namentlich folgender. Die Realisation eines bestimmten Rechtes, welcher eine Frist gesetzt ist, erfordert ganz besondere, zeitraubende Vorbereitungen. Daher beginnt der Betheiligte nach erlangter Kenntniß vom Laufe der Frist sofort, sich mit denselben angelegentlich zu beschäftigen. Jedoch eben am Ziele verfällt er in den verzeihlichen Irrthum,

daß er sich über das Daseyn des streitigen oder zukünftigen Rechtes getäuscht habe, und vernachlässigt daher die Frucht seiner seitherigen Bemühungen gänzlich. Nachher wieder zur richtigen Einsicht gelangt, sieht er sich durch die Eigenthümlichkeit der Verhältnisse in die Unmöglichkeit versetzt, während der kurzen Dauer des von der Frist noch übrigen Restes, sein Recht gehörig geltend zu machen. In solchen und ähnlichen Fällen ist ohne Frage die Wiedereinsetzung aus der Generalclausel des Edictes ganz an ihrem Platze. Jedoch darf der Richter diese Rechtshülfe stets nur causa cognita und nur aus triftigen Gründen ertheilen, damit nicht gegen den Zweck des Instituts dasselbe zur Verletzung der Rechte Dritter Veranlassung gebe.

Siebenter Beitrag.

Miscellen.

I.

In den früheren dieser Beiträge ist als ein Princip für die Berücksichtigung der Unwissenheit die durch diese bewirkte Unfreiheit und darum Nichtigkeit des Willens der handelnden Person angegeben und näher begründet worden. Je weniger man jedoch die betreffenden Wahrheiten seither erkannt und anerkannt hat, desto mehr scheint es nothwendig, noch einmal auf sie zurückzukommen, um einige Einwürfe zu beseitigen, von denen es scheinen mag, als ob ganz haltbare Gründe für sie existiren.

Zunächst gehört zu diesen die Thatsache, daß in den meisten Stellen, welche die Irrthumsberücksichtigung für bestimmte Fälle als zulässig erklären, sich allerdings nicht jene Nichtigkeit des Willens, sondern der in Folge mangelnder Erkenntniß eingetretene Dissens als Grund der Entscheidung bemerkt findet. Wenn

aber, kann man hinzufügen, in fr. 19. §. 2. de contr. emt. 18, 1 Ulpian auch dem error in materia die Macht beilege, den Kauf zu hindern; so scheine zwar auf den ersten Blick der Dissens für diesen Fall nicht zu entscheiden. Allein bei genauerer Betrachtung ergebe sich, daß der Jurist nur darum diese Neuerung gewagt habe, weil nach seiner Ansicht die Art des Stoffes gleichsam das wahrhafte Daseyn und somit die Identität der Sache bestimme, folglich bei einem error in materia gleichsam implicite ein error in corpore vorliege, daher die Entscheidung in der That laute: aliud pro alio venisse videtur. So werde auch für dieses Verhältniß das Princip des Dissenses in seiner Macht anerkannt, und darum diene die angeführte Stelle dazu, die obigen angeblichen Wahrheiten zu widerlegen, statt sie zu bestätigen.

Ferner mag man vielleicht gegen die Gültigkeit des in Frage stehenden Princips die Regel anführen: Falsa causa non nocet. Der durch eine irrthümliche causa motivirte Wille sey nicht weniger unfrei, als der, welchen ein error in corpore wesentlich bestimmt habe. Dennoch werde jener für gültig, dieser für ungültig erklärt. Weil nun aber der Wille in beiden Fällen die Unfreiheit gemeinsam habe; so folge offenbar daraus, daß der Grund dieses Gegensatzes in etwas ganz Anderem liegen müsse, als eben in der angeführten Gemeinsamkeit. Zwar scheine eine Ausnahme von jener Regel in den Fällen stattzufinden, wann ein Geschäft dadurch veranlaßt worden sey, weil sich der Promittent zu dessen Eingehung verpflichtet wähnte. Aber auch dann sey das geleistete Versprechen keineswegs ein unmittelbar nichtiges. Es gelte vielmehr an sich. Nur habe man es als einen Verstoß wider die guten Sitten angesehen, wenn der Acceptant ohne Rücksicht auf den Irrthum der anderen Parthei den durch das Versprechen entstandenen Anspruch wider dieselbe durchzusetzen unternehme, und allein darum dieser vermittelst der exceptio doli Schutz gewährt. Erst in Folge davon sey man dann auch dazu gekommen, dem Promittenten

die Condiction zu gestatten, um Befreiung von der an und für sich zu Recht beständigen Verpflichtung durch Richterspruch zu bewirken.

Endlich mag man noch die Analogie folgender Stelle geltend machen:

fr. 21. §. 5. quod metus causa 4, 2. PAUL. ad Edict. Si, metu coactus, adii hereditatem, puto, me heredem effici, quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui[24]). Sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.

Diese Stelle scheint folgende Argumentation zu rechtfertigen. Ein durch Zwang bestimmter Wille sey eben so wenig für frei zu erachten, als ein solcher, auf dessen Richtung wesentliches Nichtwissen eingewirkt habe. Dennoch werde jener für einen an sich zu Recht beständigen erklärt, in den Worten: tamen coactus volui; und folglich müsse das Gleiche auch für diesen gelten.

Diese sämmtlichen Gründe sind jedoch Nichts, als Schein.

Vor Allem kann man ihnen jene Aussprüche Julian's und Ulpian's entgegensetzen, welche man im zweiten dieser Beiträge zusammengestellt findet, und in denen mit klaren Worten gesagt wird, daß ein durch Unwissenheit veranlaßter Wille kein Wille sey, weil das Daseyn jener die Existenz dieses verhindere oder aufhebe. Darum kann gar kein Zweifel bestehen, daß jenes Princip in den justinianischen Sammlungen Aufnahme gefunden

---

[24]) Mühlenbruch findet in diesem Ausspruche des Paulus einen Stoicismus, und den Beweis, daß dieser Jurist durch die stoische Philosophie, wenigstens mit, gebildet, und in seiner juristischen Richtung bestimmt worden sey. Es mag Dies ein Irrthum seyn, obwohl man aus anderen Gründen vermuthen darf, daß Paulus die Lehren der Stoa gekannt und geachtet habe. Wenn aber Puchta jene Meinung Mühlenbruch's eine Albernheit nennt; so erklärt sich dies nur aus dem wahrhaft heftigen, eines solchen Mannes und der Wissenschaft ganz unwürdigen Hasse, welchen der Erstere gegen den Letzteren mehrfach an den Tag gelegt, dieser aber ignorirt hat.

hat. Schon darum vermag man dessen Anwendbarkeit und sogar Anwendung als Regel in Fällen, wo deren Statthaftigkeit keine Besonderheiten entgegenstehen, mit Grund nicht anzufechten.

Zwar ist so viel gewiß, daß eine Anerkennung dieses Princips, d. h. vollkommen bewußte, klare, unmittelbare Anerkennung, vor Julian durch kein Zeugniß bestätigt wird. Vielleicht waren sogar er und Ulpian die einzigen unter den classischen Juristen, welche sich zu dem vollendeten Bewußtseyn von der Geltung dieses Princips erhoben hatten. Vor und neben ihnen galt (abgesehen von der überall nothwendigen Rücksicht auf das Gemeinwohl und die Natur des gerade vorliegenden Rechtsgeschäftes) als das einzige Princip für die (directe) Irrthumsberücksichtigung der Dissens; und es mag sogar seyn, daß Paulus auch in diesem Puncte den Fortschritt Julian's und seines eigenen großen Zeitgenossen nicht wollte gelten lassen. Mit derselben Richtung des Paulus, wodurch dies vorzugsweise wahrscheinlich wird, nach welcher er beharrlicher am Hergebrachten festhielt, hängt ferner zusammen, wenn er die Rechtshülfe wider verübten Zwang mit dem Ausdrucke restituere bezeichnet, der zur Bezeichnung der actio und exceptio quod metus causa bei den Juristen dieser und der am nächsten vorhergegangenen Zeit sonst kaum noch mag vorgekommen seyn.

Nun bleiben zwar diese Klage und Einrede gerade so, wie im Falle einer promissio oder solutio die exceptio doli und condictio indebiti, immer nur eine indirecte Rechtshülfe wider den durch Irrthum verursachten Nachtheil, und bestätigen somit, daß das in Frage stehende Nichtwissen die Rechtsbeständigkeit des Geschäfts und somit auch den Willen, aus dem es hervorging, ipso jure nicht aufhebt. Andrerseits aber frägt man, wie Prätoren und Juristen darauf kamen, überhaupt Rechtshülfe für zulässig zu halten und zu gewähren; und es reicht nicht aus, wenn man zur Beseitigung dieser nothgedrungenen Frage sich darauf beruft, daß in jenen Verhältnissen Derjenige, welcher einen durch Zwang oder Unwissenheit

wesentlich vermittelten Anspruch geltend machen wolle, wider die guten Sitten verstoße, gewissermaaßen dolos handele, und nur darum, nicht aber unmittelbar wegen der verübten Gewalt oder vorhanden gewesenen Unkenntniß, abgewiesen zu werden verdiene. Allein die fragliche Unsittlichkeit [25]) eines solchen Anspruchs beruht eben auf dem Princip, daß es für Ungerechtigkeit gehalten werden müsse, ein auf die angegebene Weise entstandenes Geschäft eben so aufrecht erhalten zu wollen, als sey es durch einen freien und darum rechtsgültigen Willen hervorgerufen worden. Darum soll wenigstens eine indirecte Nichtigkeit eintreten.

Das Edict, quod metus causa, oder nach alter Fassung, quod in metusve causa, lautete nach

fr. 1. pr. h. t. 4, 2. ULPIAN. libr. 11. ad Edict.

Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.

Daraus sieht man, daß schon der Prätor eine erzwungene Willenserklärung für eine wenigstens dem Grundgedanken nach nichtige ansah. Allein auch in Betreff jenes Edicts und der darauf gebaueten Institutionen muß man die leitende Idee von der Art ihrer Effectuirung unterscheiden.

Dieser Gegensatz zwischen dem Wesen des Princips

---

[25]) Man kann im Sinne der Römer noch unbedenklich hinzusetzen: Irreligiosität. Denn das Berufen auf die guten Sitten, deren Erhaltung in der auf Tugend und Mäßigkeit der Bürger basirten Republik als wesentliche Pflicht allen Organen des öffentlichen Lebens oblag, ferner auf die bona fides, das bonum et aequum und damit in Verbindung stehend die exceptio doli generalis, dies sind die Ausflüsse des religiös-moralischen Elementes im römischen Rechte, welches selbst dann noch fortlebte, als das Privatrecht nicht mehr als jus sacrum betrachtet, und in seinen einzelnen Bestimmungen unmittelbar auf den Schutz der Götter bezogen ward. Selbst in den Zeiten eingerissener Corruption bewirkte der römische Volkscharacter, daß der rein weltliche Sinn, Gewandtheit, Verschlagenheit und Kunstfertigkeit die Rücksicht auf gewisse Forderungen der Humanität, Pietät und Moralität selbst im Streite um das Mein und Dein nie ganz zu verdrängen im Stande waren.

und seiner Verwirklichung, zwischen Zweck und Mittel, Kern und Schale ist es eben, welcher auch für die Lehre vom Irrthum in Betreff der durch Nichtwissen bewirkten Willensunfreiheit besondere Wichtigkeit gewinnt.

Bekanntlich war nach römischen Ansichten und Einrichtungen weder in der Prätur, noch im Begriffe der Wissenschaft das Recht der Gesetzgebung enthalten. Beide Organe für die Fortbildung des Rechts hatten vielmehr lediglich den Zweck, das vorhandene, bereits geschaffene Recht mit der Wirklichkeit zu vermitteln, und zwar innerhalb gewisser Schranken, welche durch ein Jahrhunderte langes Herkommen unter gesetzlicher Nachhülfe entstanden waren. Als später in dem zum Weltreiche herangewachsenen Staate das jus gentium fortwährend an Macht und Wichtigkeit zunahm; da erwuchs allmählich für Wissenschaft und Magistraturen die neue Aufgabe, jenes Element mit dem jus civile nach Maßgabe der Zeitbedürfnisse zu vermählen. So entstanden neue Grundsätze über die Berücksichtigung des Irrthumes und Zwanges.

Als daher der Prätor, den Forderungen des mit der Zeit fortgeschrittenen Rechtssinnes und Bedürfnisses nachgebend, gegen das jus strictum, welches in Betreff der Rechtsbeständigkeit einer Handlung auf den dabei angewendeten Zwang keine Rücksicht anerkannte, Hülfe zu gewähren unternahm; stand es nicht in seiner Macht, festzusetzen : Quod vi metusve causa gestum erit, irritum esse jubeo, mit a. W. ein Gesetz zu geben, wodurch jedes durch einen wegen Zwanges unfreien Willen hervorgerufene Geschäft für nichtig erklärt ward. Wohl aber hatte er die Gewalt, auszusprechen (edicere) : er werde für die Dauer seines Amtes ein solches Geschäft nicht als gültig anerkennen, also alle nach dem strengen Rechte eintretenden Wirkungen desselben verhüten oder vernichten, und auf diese Weise wenigstens eine indirecte Nullität herbeiführen.

Auf Grund dieser Edictsbestimmungen, welche ohne Zweifel bald fortdauerndes Ansehen erlangten, ging die Wissenschaft bei

Geschäften auf Treue und Glauben (bonae fidei negotia), wo das strenge Recht nicht hinderlich entgegenzutreten vermochte, zu der Annahme über, daß dem durch Zwang Verletzten nicht allein die prätorischen Rechtsmittel zustehen, sondern sogar die Klage aus dem Geschäfte selbst dazu dienen darf, die Aufhebung von Nachtheilen zu bewirken, welche eintreten müßten, wenn der vorhanden gewesene unfreie Zustand wie ein freier behandelt würde.

Endlich hat sich wenigstens Ulpian ohne Zweifel auch in Betreff dieser Lehre zu der Unterscheidung zwischen dem Wesen des Princips und seiner Effectuirung erhoben, und das Erstere rein dargestellt in folgender Stelle:

fr. 116. de R. J. Libr. 11. ad Edict.

Nihil consensui tam contrarium est, qui et bonae fidei judicia sustinet, quam vis atque metus,

wodurch mit klaren Worten gesagt wird, daß ein erzwungener Consens in Wahrheit keiner sey.

Beigefügt findet man noch die Worte, welche den Anschein eines späteren Zusatzes tragen: quem comprobare, contra bonos mores est. Durch dieselben wird neben jener neueren Weise der Auffassung die ältere angedeutet, und somit neben der actio und exceptio quod metus causa, nach Analogie der indebita promissio, auch die Statthaftigkeit der exceptio doli[26]) und condictio sine causa (indebiti)[27]) gut geheißen.

Daß diese Art der Berücksichtigung allerdings immer den Charakter einer indirecten an sich trage, läßt sich nicht bestreiten. Allein theils liegt der Grund dafür nicht in der leitenden Grund-

[26]) fr. 14. §. 13. quod metus caus. Ulp. ad Edict. Eum, qui metum fecit, et de dolo teneri, certum est. — fr. 2. §. 8. de V. B. R. 47, 8. U. ad E. Doli mali mentio hic et vim in se habet. Nam, qui vim facit, dolo malo facit. —

[27]) fr. 3. §. 3. pro socio 17, 2. Paul. ad Edict. Societas, si dolo malo — coïta sit, ipso jure nullius momenti est, quia bona fides contraria est — dolo.

idee, sondern theils in der eigenthümlichen factischen Gestaltung der Verhältnisse, theils in historischen Ursachen, welche die Jurisprudenz bald überwunden haben würde, wäre sie länger in der Kraft ihrer classischen Periode vorwärts geschritten.

Wer freilich heut zu Tage den betretenen Weg weiter bahnen, in dieser und anderen Lehren die Scheidewand zwischen Wesen und Erscheinung, Zweck und Mittel überall niederreißen wollte, der würde sich bald den Vorwurf der Unwissenschaftlichkeit, Willkür oder Ignoranz zuziehen. Wahrheiten dieser Art hängen mit dem Grundübel innig zusammen, daß das recipirte Recht immer vorherrschend wissenschaftliches geblieben, nie so ganz Eigenthum der Nation geworden ist, noch werden konnte. Der Geist der Bestimmungen, die Masse der Principien, welche dem jus gentium angehören, oder doch dessen Charakter haben, ist meistens auch in unserem Volke, wie bei den ausübenden Rechtskundigen zur Anerkennung gelangt. Allein der ungelehrte Practiker, welchem die Namen und Art seiner Geschäfte keine Zeit oder Lust oder zugleich Beides nicht übrig lassen, sich mit dem Gange und den Ursachen der römischen Rechtsbildung vertraut zu machen, noch mehr der eigentliche Laie nehmen vielfach Anstoß an der Form, in welcher jener Geist hervortritt, an der Erscheinung, unter welcher das wahrhafte Wesen jener Principien verborgen liegt, weil das natürlich gesunde Urtheil die Uebereinstimmung zwischen beiden Seiten der Verhältnisse, der inneren und äußeren, mit Nothwendigkeit verlangt. Nimmt man dazu noch die mit solchen Mängeln in Verbindung stehende Mannichfaltigkeit und Menge der Verhältnisse und Regeln; so wird man es erklärlich finden, theils daß hier und da in den Ländern des gemeinen Rechts so vielfältig falsche Urtheile von den Gerichten gefällt werden, theils daß das Recht selbst oft gänzlich verkannt, sogar in Verachtung und Mißcredit gerathen ist. Darum sollte, was der einzelne Jurist nicht hoffen darf, mit Erfolg zu unternehmen, sich die Legislation um so eifriger angelegen seyn lassen.

Was nun aber insbesondere die vorliegende Frage betrifft;

so würde sich die heutige Jurisprudenz absichtlich unter die Höhe herabsetzen, zu welcher die classische der Römer empor gelangt war, wenn sie den Gegensatz zwischen dem Wesen des Princips, wonach ein durch Irrthum wesentlich bestimmter Wille für nichtig gilt, und der Zufälligkeit seiner Erscheinung nicht festhielte, nicht jenes als das belebende, leitende Element bewahrte, die Errungenschaft eines Julian's und Ulpian's derelinquirte.

Ueberdies giebt es Fälle, welche gar keine andere Art der Erklärung für die Berücksichtigung des Nichtwissens gestatten, als vermittelst des angegebenen Princips. Dahin gehört derjenige, welcher von den römischen Juristen promiscue mit anderen nahe verwandten vorgetragen zu werden pflegt; wann bei einem Vertrage beide Theile zwar in einem und demselben Gegenstande consentiren, beide aber denselben aus gleichem Irrthum mit einem andern verwechseln, auf welchen sich eigentlich, d. h. ohne das Dazwischentreten der Unwissenheit, der Contrahenten Absicht bezogen haben würde. A und B wollen einen Kauf abschließen über C (z. B. den fundus Cornelianus). Es liegt ihnen aber D vor (der fundus Sempronianus), das sie fälschlich mit C verwechseln und consentiren nun auf D, in der Meinung, auf C abzuschließen. Der Kauf gilt nicht, aber keineswegs wegen Mangels an Consens, welcher offenbar factisch besteht, sodern wegen der durch error in corpore bewirkten Willensunfreiheit, wodurch der Consens juristisch aufgehoben wird. Das Gleiche gilt, wenn von zwei Partheien und zwar mit beiderseitigem Willen aus Irrthum alius Praetor pro alio aditus fuerit. Zu solchen Fällen directer Berücksichtigung treten andere, welche in das Bereich der indirecten gehören, namentlich die der promissio und solutio indebiti, die der ädilicischen Klagen, und alle jene, wo ein durch Unkenntniß entstandener Nachtheil vermittelst Klage und Einrede aufgehoben, also mittelbar vernichtet wird.

Was schließlich den Grundsatz betrifft: Falsa causa non nocet; so mag darüber einfach auf den zweiten der früheren Beiträge verwiesen werden, und mit Bezugnahme auf diesen die

Bemerkung genügen, daß die Anwendbarkeit eines Princips darum nicht aufhöre, die Regel zu bilden, weil specielle Voraussetzungen eine Ausnahme von derselben erzeugen können.

II.

Die früheren Abhandlungen über die Frage, ob das ohne Verpflichtung aus Irrthum Geleistete auch dann zurückgefordert werden darf, wann dieser ein error juris ist, hatten vorzugsweise den Fall im Auge, wann die Restitution einer fungibeln Sache beabsichtigt ist. Die dort aufgestellten Grundsätze müssen jedoch um so mehr auch dann gelten, wann die Zurückgabe einer indebite geleisteten nicht fungibeln Sache (in specie oder auch unter Umständen dem Werthe nach) gefordert wird. Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß in diesem Falle die conditio indebiti electiv mit der rei vindicatio concurrirt, und durch jene nicht weniger, als durch diese mit der Hauptsache auch die Zurückgabe der Früchte und Accessionen nach den bei der Vindication geltenden Grundsätzen gefordert werden kann; wodurch die im ersten und fünften Beitrage vertheidigte Theorie keine unerhebliche Bestätigung erhält. Befand sich der Empfänger in mala fide, und wird deshalb neben der condictio indebiti auch die condictio furtiva statthaft; so kommt natürlich auch in diesem Fall Nichts darauf an, ob error juris oder facti, unverzeihlicher Irrthum oder verzeihlicher, die Leistung ohne Verpflichtung veranlaßt hat.

III.

Im dritten dieser Beiträge wird die Bedeutsamkeit desjenigen Abschnitts, welcher vom Verhältniß des Irrthums zum Dolus handelt, offenbar für das Civilrecht zu eng bestimmt.

Sie erstreckt sich so weit, als dieses Verhältniß überhaupt civilrechtlich von Wichtigkeit wird.

Ferner wird im weiteren Verlaufe desselben Beitrags (im dritten Abschnitte) behauptet, daß eine usucapio pro suo unter Umständen bei res furtivae möglich sey. Dieses häßliche Versehen verunstaltet eine Ansicht, welche der Verfasser noch jetzt für die richtige hält, und ward von ihm bloß darum nicht sofort bemerkt, weil neben der Eigenschaft der Furtivität noch von der anderen eines vermeintlichen Erwerbs der Sache durch Stellvertreter an jener Stelle die Rede ist.

IV.

Im sechsten Beitrage ist ein Versuch gemacht worden, die Berücksichtigung des Irrthums bei Versäumnissen als unabhängig von dem Gegensatze zwischen tempus continuum und tempus utile darzustellen; und dieser Aufsatz enthält allerdings eine consequente Durchführung der Begriffe nach deren gegenseitigen Verhältnissen.

Dessenungeachtet steht nach positiven Bestimmungen fest, daß die Irrthumsberücksichtigung wider den Ablauf von tempus continuum regelmäßig, d. h. wo nicht die ausdrückliche Bestimmung des Gegentheils vorliegt, ausgeschlossen bleiben muß. Dies gilt namentlich auch von der Verjährungsfrist der Klagen, die nicht als tempus utile läuft. Es erklärt sich dieser Mangel an Consequenz wahrscheinlich aus der Länge dieser Frist, in Verbindung mit dem Zwecke des Instituts, die Rechtssicherheit zu befördern, oder auch aus dem Umstande, daß in der Zeit, wo es sich bildete, die Jurisprudenz bereits ihre frühere Kraft lebendiger Fortbildung zum großen Theile eingebüßt hatte, und darum nicht mehr vermochte, die in der Lehre vom Irrthume bereits gewonnenen Resultate auf neue Rechtsinstitute begriffs-

gemäß zu übertragen, deren Besonderheit mit der Allgemeinheit jener zu durchdringen, und dadurch mit dem Organismus des Ganzen in inneren Zusammenhang zu setzen. Auch das bekannte Gesetz Theodosius II. vom Jahre 424 hat durchaus nicht das Gegentheil verordnet. Denn, obgleich am Schlusse der Constitution nur von error juris bemerkt wird, er solle gegen deren Anwendung keinen Schutz gewähren; so folgt doch daraus keineswegs, daß der error facti eine solche Wirkung haben solle. Gewiß hatten wenigstens die actiones in rem speciales schon vor Theodosius des Jüngern Zeit die Eigenschaft der perpetuae allmählich verloren, ohne daß man jedoch die Kenntniß dieses neuern Rechts allgemein voraussetzen durfte; daher die Berufung auf Irrthum in diesem Bezug häufig vorkommen mochte. Auf jeden Fall ward durch jenes Gesetz ein Recht bestätigt oder neu begründet, welches noch nicht die Autorität eines Jahrhunderte langen Gebrauchs, wie der größte Theil der übrigen Rechtsmasse, für sich hatte, gegen das sich vielmehr die Volksansicht und Praxis noch mannichfach sträubten. So fand der Kaiser hinreichende Veranlassung, das Nichtberücksichtigen der Rechtsunkenntniß besonders einzuführen, ohne dabei an den Gegensatz eines factischen Irrthums zu denken. Sogar die Restitution gegen Unwissenheit muß bei den Klagenverjährungen mit tempus continuum durch jene Constitution für ausgeschlossen gelten.

Dagegen ist bei solchen Klagenverjährungen, deren Frist in tempus utile besteht, die Regel festzuhalten, daß verzeihlicher Irrthum dessen Ablauf hindert. Restitution aber findet auch bei diesen nicht statt, aber nur darum, weil kein Bedürfniß einer solchen existirt.

Aus dem allgemeinen Gegensatze, welcher sich sonach in Betreff der Irrthumsberücksichtigung zwischen tempus utile und tempus continuum gebildet hat, erklärt es sich, daß Papinian Unkenntniß mit den übrigen Hindernissen wider den Ablauf jenes auf eine Linie stellt, denselben gewisser Maaßen beizählt.

V.

Es ist gewiß von (sowohl rein theoretischem, als auch practischem) Interesse, die Grundsätze über den Einfluß des Irrthums auf die Rechtssphäre mit den philosophischen Ansichten eines der größesten Geister zu vergleichen, welche die Neuzeit überhaupt im Gebiete der Wissenschaft hervorgerufen hat, jenes tiefen, gewaltigen Denkers, welcher allein dadurch sein Ziel verfehlte, daß er die Beschränktheit der menschlichen Erkenntniß gegenüber der Welt einer in Zeit und Raum von einander gehaltenen Wirklichkeit verkannte, gewisser Maaßen den Menschen über die Grenzen seiner Endlichkeit zu erheben, als den Mikrokosmos dem Makrokosmos der Gottheit gleichsam an die Seite zu stellen wagte, indem er sich unterfing, das weite Reich des Daseyns mit dem ganzen Reichthume seiner Mannichfaltigkeit, seinen Höhen und Tiefen vermittelst eines reinen Denkprocesses aus und durch sich selbst erkennen, gleichsam reproduciren zu wollen.

In G. F. W. Hegel's **Grundlinien der Philosophie des Rechts** werden die Lehren, welche die **Irrthumsberücksichtigung** betreffen, nicht an Einer Stelle, nicht einmal sämmtlich in Einem der „Theile" genannten Hauptabschnitte des Werkes, also auch nicht in demjenigen, welcher vom abstracten Rechte handelt, sondern auch in denen von der Moralität und Sittlichkeit (welche beiden Begriffe durch einen unterscheidenden hineingelegten Sinn getrennt werden) an mehreren Orten vorgetragen. Einige Wahrheiten findet man nicht bestimmt und selbstständig entwickelt, sondern nur implicite mit anderen angedeutet, während anderen ein mehr ausführliches Maaß der Darstellung zu Theil ward.

a. Dissens.

Der Theil vom **abstracten Rechte** hat den **Willen an sich** oder nach seinem unmittelbaren Daseyn zum Gegenstande, insofern derselbe seine Freiheit den Dingen gegenüber durch unbeschränkte Machtvollkommenheit manifestirt, und sich selbst nur

zu Gunsten anderer gleichberechtigten Willen einschränkt. Der Mensch, als wollendes Wesen, soll hier lediglich als Person den Dingen gegenüber, weder als moralisches Individuum, noch als Mitglied einer bestimmten, äußeren Weltordnung in Betracht kommen. In die auf solche Weise bestimmte Sphäre wird das System der Privatvermögensrechte, so weit sie den Einzelnen als solchen betreffen, die Lehre vom Civilproceß flüchtig angedeutet, die vom peinlichen Unrecht und von der Strafe ausführlicher begründet.

In diesem Abschnitte, wenn überhaupt, muß das Prinzip des Dissenses für die Irrthumsberücksichtigung entweder hervorgehoben, oder doch mehr oder weniger angedeutet werden. Nur das Letztere findet statt, indem als ein wesentliches oder nothwendiges Moment aller Contractsverhältnisse im weitesten Sinne des Wortes der gemeinsame Wille zweier Personen angegeben wird[28]). Daraus folgt dann von selbst, daß da, wo diese Gemeinsamkeit des Willens nicht besteht, auch von einem Vertrage in dieser Bedeutung keine Rede seyn kann.

b. Willensunfreiheit.

Das Prinzip der Willensunfreiheit setzt voraus, daß der Geist als ein sich selbst bestimmender, der Wille als ein durch vorhergängige Erkenntniß vermittelter, motivirter gefaßt werde. Darum konnte es im abstracten Rechte noch nicht zur Sprache kommen, in welchem die Person einfach als wollende und durch ihren Willen berechtigte, ganz abgesehen von aller Selbstbestim-

---

[28]) „§. 73. [Ein wesentliches Moment für die Reellität des Vertrags] „ist die Einheit unterschiedener Willen, in der also ihre Unter- „schiedenheit und Eigenthümlichkeit sich aufgiebt. §. 57. Da die „beiden contrahirenden Theile als unmittelbare selbstständige „Personen sich zu einander verhalten, so — — ist der identische „Wille, der durch den Vertrag in das Daseyn tritt, nur ein durch „sie gesetzter, somit nur gemeinsamer."

mung, betrachtet wird. Es gehört vielmehr in eine andere, höhere Sphäre, die der Moralität. In dieser wird die Person, allein wollendes Wesen für sich, also als Subject, im Gegensatze zur objectiven Welt, obwohl in Bezug auf dieselbe, und zwar in der inneren Reflexion auf sich, als sich selbst bestimmend zum Wollen und Handeln, betrachtet, und danach durch verschiedene Stufen der Entwickelung gleichsam hindurch geführt.

Aber bereits vorher, in der Einleitung des Werkes, besonders in den §§. 14—21. wird Folgendes nachgewiesen. Die Freiheit, mit welcher es das Recht, als seinem Ziele, überall zu thun habe, enthalte als erstes Moment die Möglichkeit der Wahl. So weit jedoch diese, losgetrennt von der Vernunft, effectuirt werde, führe sie allein zur Willkür, welche noch keine Freiheit sey, weil sie den Menschen von der Zufälligkeit seiner eigenen Triebe und Neigungen abhängig mache. Wahrhafte Freiheit entstehe erst dadurch, daß zu jenem ersten Momente ein zweites hinzutrete, die absolute Herrschaft der Vernunft im ganzen Bereiche des Wollens und Handelns Desjenigen, welcher mit Recht für frei gelten soll, nach Innen und Außen. Nach Außen manifestire sich diese Herrschaft durch eine richtige Einsicht in die vorhandene und gerade vorliegende Objectivität und deren Verhältniß zu den Realisation verlangenden Zwecken, und ferner durch eine entsprechende Einrichtung der äußeren Thätigkeit. Sonst könne diese letztere, die Willenserklärung, nicht für die Verwirklichung eines freien Willens, sondern müsse für ein Product der Willkür, also der Unfreiheit betrachtet werden.

Als Mitglied von Familie, bürgerlicher Gesellschaft und Staat, ist ferner nach Hegel überall nur als freies, also auch vernünftiges Wesen zu behandeln; wie jene Institute selbst Gestaltungen der äußeren, objectiv gewordenen Freiheit, darum auch vernünftig sind, und als solche getragen durch den freien, vernünftigen Willen der Individuen. Darum soll der Einzelne

nur so weit wahrhaft Mitglied des Staates als eines vollendeten Organismus seyn, als er selbst frei ist. Oder der Einzelne muß wahrhafte subjective Freiheit besitzen, um wahrhaft den Namen eines Bürgers, eines Trägers der objectiven Freiheit zu verdienen. Darum hat theils der Einzelne mit der Bestimmung zur Vernunft und Freiheit überhaupt auch jene zur Theilnahme an der Staatsmitgliedschaft, theils der Staat sowohl das Recht, als die Pflicht, seine Mitglieder nur als freie und vernünftige Wesen zu behandeln und in Betracht zu ziehen.

Daraus scheint zu folgen, daß Irrthum, als Product der Unfreiheit, im Staate gar keine Berücksichtigung finden dürfe oder müsse. So ward vielleicht der That nach in Roms frühester Periode zufolge dem rhamnischen Rechtselemente die Sache angesehen, in jener Zeit, wo die Besonderheit, der Einzelne noch im Staatsganzen fast völlig aufging, und das Privatrecht durch seine Beziehung zum Staatswohl mit dem öffentlichen zusammenfiel.

Aber gegen dieses Recht der Objectivität macht sich ein Recht der Subjectivität geltend, als solches eben in die Sphäre der Moralität gehörig, welche in Roms Urzeit durch das sabinische Element repräsentirt worden zu seyn scheint. Dieses zweite Recht begründet Hegel vorzugsweise im §. 117 auf folgende Weise[20]):

Das Subject, indem es wolle und in der Verwirklichung seines Willens Befriedigung suche, finde eine ihm gegenständ-

---

[20]) Wörtlich: „Der selbst handelnde Wille hat in seinem auf das vor„liegende Daseyn gerichteten Zwecke die Vorstellung der Um„stände desselben. Aber weil er, um dieser Voraussetzung willen, „endlich ist, ist die gegenständliche Erscheinung für ihn zufällig „und kann in sich etwas Anderes enthalten, als in seiner Vorstel„lung. Das Recht des Willens aber ist, in seiner That nur dieß „als seine Handlung anzuerkennen, und nur an dem Schuld zu „haben, was er von ihren Voraussetzungen in seinem Zwecke weiß, „was davon in seinem Vorsatze lag. — Die That kann nur als „Schuld des Willens zugerechnet werden; — das Recht „des Wissens."

liche Außenwelt vor. Indem sich der Wille mit seinen Zwecken auf dieselbe beziehe; so müsse er durch Vorstellungen von der Beschaffenheit dieser Außenwelt bestimmt seyn und werden. Da aber dieselbe dem Subjecte eben darum als etwas Aeußerliches engegentrete; so erscheine dieses selbst als endlich. Wegen dieser Endlichkeit sey das Verhältniß zwischen dem Subjecte und der ihm gegenständlichen Welt in allen Beziehungen dem Zufalle unterworfen, also auch rücksichtlich jener Vorstellungen, welche bestimmend auf den Willen einwirken, und somit die Möglichkeit gegeben, daß sie eben so wohl falsch, als richtig seyen. Da nun der Wille durch diese Vorstellungen zu Zwecken und Handlungen bestimmt werde; so ergebe sich für das Subject die Forderung, daß in jedem bestimmten Falle von seiner That nur Dasjenige als seine Handlung erkannt und somit als rechtsbeständig aufrecht erhalten werde, was in Folge der gehabten Vorstellungen sein Vorsatz war, daß ihm Nichts als Schuld imputirt werde, was nicht in diesem Vorsatze lag, also daß überhaupt Berücksichtigung des Irrthums stattfinde. Darin besteht eben das (subjective) Recht des Wissens, — ein Recht, gegründet auf die Bestimmung des Menschen, in der Außenwelt wollend seine Befriedigung zu suchen, in dem Verhältniß zwischen Vorstellen und Wollen und der endlichen, zufälligen Natur des ersteren.

Die Ausdrücke: Schuld und schuldig, deren sich Hegel an dieser Stelle bedient, als Uebersetzung von noxa und noxius, werden von den Juristen zunächst nur in Bezug auf Dolus, und zwar vorzugsweise für das Criminalrecht angewandt, um das Verhältniß zu bezeichnen, in welches der zurechnungsfähige Wille vermöge seiner Missethat zu einer vorhandenen strafrechtlichen Norm tritt. Erweitert man diesen Begriff dahin, daß er überhaupt das Verhältniß bezeichnet, in welches der Wille überhaupt um eines vorgenommenen Rechtsgeschäfts willen zu einer gültigen Rechtsbestimmung tritt, ganz abgesehen von dem Gegensatze zwischen erlaubten und unerlaubten Handlungen;

so hat man eben den Begriff, welcher von Hegel unter Schuld verstanden wird.

Welches Verhältniß aber findet nun statt zwischen dem auf diese Weise begründeten Rechte des Wissens und jenem der Willenserklärung?

Hegel betrachtet diese letztere überall als das Product des Willens, als den Körper, wodurch derselbe äußerliche Existenz erhalte, und erkennt somit den Schluß von diesem auf jene als den vernünftig nothwendigen an. Uebereinstimmend damit wird auch im positiven Rechte, sobald eine bestimmte, sonst gültige Willenserklärung vorliegt, deren Uebereinstimmung mit dem Willen, welcher sich in ihr manifestirt, als Regel angenommen.

Gegen dieses Recht aber macht sich nach Hegel im Falle eines durch unrichtige Vorstellung bestimmten Willens ein zweites geltend, das Recht des Wissens. Ein Wille, welcher wesentlich auf Unkenntniß beruht, soll kraft dessen nicht eben so zugerechnet, d. h. als ein rechtsbeständiger betrachtet werden, wie wenn er durch richtige Einsicht geleitet worden wäre. Wenn der auf Irrthum basirte Vorsatz bei richtiger Einsicht nicht zur Existenz gelangt wäre; wenn der Handelnde etwas Anderes that, als was er bei wahrhafter Erkenntniß gethan hätte; wenn er also seine Befriedigung in dieser That nicht findet, dadurch nicht in das vorgesetzte Verhältniß zur Außenwelt tritt : da würde es, ohne höhere Rücksichten, ungerecht seyn, die gegebene Willenserklärung ohne Rücksicht auf die subjective Endlichkeit als eine rechtsgültige aufrecht zu erhalten. So weit daher jene höheren Rücksichten nicht obwalten, muß der Wille, welchen unrichtige Vorstellung leitete, und folglich die dadurch hervorgerufene Erklärung rechtlich eben so behandelt werden, als ob weder diese, noch jener zur Existenz gelangt wäre. „Oedipus," sagt Hegel im Zusatze zu §. 117, „welcher seinen Vater erschlagen, ist nicht „als Vatermörder anzuklagen. Aber in den alten Gesetzge„bungen hat man auf das Subjective, auf die Zurechnung

„nicht so viel Werth gelegt, als heut zu Tage. Darum ent-
„standen bei den Alten die Asyle, wo der der Rache Entfliehende
„geschützt und aufgenommen werde."

Dieser hegelsche Standpunkt scheint mit jenem des positiven Rechts nicht ganz übereinzustimmen. Dieses bestimmt geradezu: ein durch Irrthum motivirter Wille sey nichtig: Errantis nulla voluntas est; — Quid consensui tam contrarium est, quam error, qui et imperitiam detegit? Dagegen wird nach der mitgetheilten philosophischen Ansicht der Wille keineswegs an sich als nichtig betrachtet, sondern nur dem Subjecte das Recht beigelegt, zu fordern, daß er ihm nicht zugerechnet werde. Will man also in diesem Sinne überhaupt von Nichtigkeit sprechen; so kann dies nur von einer vermittelten verstanden werden. Allein selbst eine vermittelte Nichtigkeit bleibt nichtsdestoweniger auch Nichtigkeit, wenn auch wieder zwischen nullitas ipso jure und nullitas ope exceptionis und überhaupt Rescission juristisch unterschieden wird. Aber eben auf das Resultat kommt es der praktischen Wissenschaft besonders an, und wenn sich daher die römischen Rechtsgelehrten der obigen kurzen, prägnanten Darstellungsweise bedient haben, so folgt daraus noch kein wirklicher Widerspruch mit der Auffassungsweise Hegel's.

Darum darf man auch keineswegs in Abrede stellen, daß nicht die vermittelte Natur dieser Nichtigkeit auch im positiven Rechte sich geltend gemacht habe. Es steht vielmehr fest, daß sie gerade in der so genannten indirecten Irrthumsberücksichtigung zur vollkommenen Anerkennung gelangt ist. Denn in den dahin gehörigen Fällen wird allerdings anerkannt, daß die Willenserklärung für sich auch ein Recht begründet, dieses aber durch ein entgegenstehendes vernichtet wird; während man da, wo directe Irrthumsberücksichtigung vorliegt, den praktisch kürzern, sogar der juristischen Fassung des Princips angemesseneren, aber dennoch begriffsmäßigeren Weg eingeschlagen

hat, daß man den Willen, wegen des Irrthums, als von Anfang an gar nicht vorhanden ansah.

Hier scheint zugleich der passende Platz zu seyn, eine Eigenthümlichkeit des positiven Rechts hervorzuheben. Das Recht, wonach der Irrthum Berücksichtigung erfordert, machte sich im römischen (quiritischen) Volksbewußtseyn gewiß seit alten Zeiten geltend, ohne jedoch wegen Renitenz des rhamnischen Elements Aufnahme in das jus strictum erlangen zu können. Bald jedoch sah sich die Wissenschaft genöthigt, jenem Bewußtseyn entgegenzukommen, wozu der Dissens, als Anknüpfungspunkt an das seitherige Recht, ein passendes Mittel gewährte. Diese Aushülfe genügte im Laufe der Zeit auch nicht mehr. Der Prätor fand es endlich für nöthig oder angemessen, das Bedürfniß der Irrthumsberücksichtigung durch Restitution mit dem Rechte zu vermitteln, auf diese Weise dem Irrenden wider das jus strictum zu Hülfe zu kommen, ignoranti subvenire s. succurrere. Weil auf diese Weise dem im Volke lebenden Rechtssinne genügt, ein wirkliches, dauerndes Bedürfniß befriedigt ward; so geschah es, daß jene prätorischen Verordnungen einen Theil des edictum tralatitium auszumachen begannen. Die Wissenschaft nahm den dadurch anerkannten Grundsatz auf, daß wesentlicher, verzeihlicher Irrthum Berücksichtigung erheische, und suchte ihn durch alle ihr zu Gebote stehenden Mittel in das jus civile einzuführen. Aber die obigen prätorischen Ausdrücke zur Bezeichnung des Verhältnisses erhielten sich neben den neueren wissenschaftlichen: Ignorantia vel error prodest, obest, nocet, und es scheint sonach, als ob jene Berücksichtigung nur halb als Forderung des Rechts, halb aber als Sache des Mitleids und der Gnade betrachtet werden müsse. Diese Laxität der Auffassung[30]) blickt wirklich hier und da in den Quellen

---

[30]) Recht und Gnade schließen einander aus, wenn man nicht annehmen will, was ein Antoninus Magnus schwerlich zugegeben hätte, daß es ein Recht auf Gnade giebt.

durch. So z. B. in der cst. 1. de jur. et fact. ignor. 1, 18. von Caracalla, besonders in den Worten: permitto tibi &c., ferner in der cst. 2. eod. von Gordian, nach dem Ausdrucke: sera prece subveniri tibi desideras. Den mit dem Bildungsgange des römischen Rechts Vertraueten wird eine solche Darstellungsweise nicht abhalten, das Recht des Wissens eben als Recht durch jenes für anerkannt zu erachten.

In dem seither Gesagten findet sich jedoch die Ansicht Hegel's über das Verhältniß zwischen diesem Rechte des Wissens und jenem der Willenserklärung noch nicht erschöpfend nachgewiesen, vielmehr noch vielfachen Fragen Raum gelassen. Der Mensch hat die Bestimmung und das Recht, frei zu seyn; der Staat hat das Recht und die Pflicht, ihn nur als freies Wesen zu behandeln. Ferner ist keine Freiheit ohne Vernunft; wo Vernunft, kein Irrthum möglich: wie kommt der Staat dazu, den Irrthum in Betreff zu ziehen, welcher mit der Freiheit in Widerspruch tritt? Aber das Individuum ist endlich, somit der Irrthum ihm im Gegensatze zur Außenwelt natürlich: soll darum das Recht des Wissens jenem der Willenserklärung stets prävaliren? Gerathen da nicht Freiheit und Unfreiheit, Objectivität und Subjectivität in Widerstreit? Soll der Staat, die bürgerliche Gesellschaft das Subject nach allen Seiten absorbiren? Oder soll sich dieses im Gegensatz zu jenen durchweg geltend machen?

Diese Fragen richtig zu lösen, muß man den Menschen nach seiner doppelten Natur fassen, einmal als Naturwesen, der Nothwendigkeit unterworfen, sodann als zur Freiheit bestimmt. Beide Seiten lassen sich nur neben einander denken, also jede in ihrem Kreise, gegen die andere bestimmt abgegränzt, quantitativ geschieden. Auf die Seite der Endlichkeit bezieht sich das Recht des Wissens; in Betreff dieser ist Irrthum natürlich, also verzeihlich. Das Gegentheil tritt ein in der Sphäre der wahrhaften Freiheit, zu deren Begriff erfordert wird, daß sie nicht allein subjectiv im Indivi-

duum existire, sondern eine entsprechende Verwirklichung objectiv erlangt habe. Nach dieser Seite hin kommt der Mensch also nicht mehr im Gegensatze zur ununterschiedenen Masse der Objectivität zur Sprache, sondern in einem solchen Verhältnisse gegen dieselbe, daß er sie durch die Macht der Erkenntniß, der Vernunft überwunden, seinen vernünftigen Willen in sie hineingelegt und ihm dadurch eine objective Existenz gegeben habe. In diesem Bezug erscheint das Individuum nicht mehr vereinzelt für sich, sondern zugleich in vernunftgemäßer Beziehung zu anderen, welche in der Sphäre der Moralität noch mit der Masse der Außenwelt ihm rein gegenständlich erscheinen, also als Familienmitglied, als Theilnehmer der bürgerlichen Gesellschaft und des Staates. So weit also diese Sphären reichen, muß der Mensch als frei, vernünftig, somit als wahrhaft wissend behandelt werden. Berücksichtigung des Irrthums bleibt da ausgeschlossen. Aber das Individuum geht nicht ganz in jenen Sphären auf. Es behält selbst in jener Mitglied- und Theilnehmerschaft seine Subjectivität, welcher in ihrem Gegensatze zur Außenwelt immer noch ein gewisser Spielraum der Endlichkeit, und somit der Zufälligkeit, der Möglichkeit des Irrthums bleibt.

Die somit angegebene Unterscheidung zwischen verzeihlichem und unverzeihlichem Nichtwissen führt zum dritten Princip der Irrthumsberücksichtigung, zu dem des Interesses.

c. Interesse.

Die Rücksicht auf das Interesse umfaßt sowohl jene unmittelbar auf das Gemeinwohl gerichtete, als jene auf das Beste der Einzelnen für sich, also nur in mittelbarer Beziehung auf die Allgemeinheit. Dieses Princip hat eine Bedeutsamkeit, welche weit über den Umfang der Lehre vom Irrthum hinausreicht, wird aber deshalb um Nichts weniger wichtig für diese selbst. Als eine hauptsächliche Folge seiner Anwendung erscheint der Gegensatz zwischen verzeihlichem und unverzeihlichem, unverschul-

detem und verschuldetem Nichtwissen; und gerade diesen hat Hegel besonders in Betracht gezogen.

Aus der Ausdrucksweise des §. 117 möchte man vielleicht vermuthen, daß Dies bereits dort der Fall sey, weil daselbst von Schuld gesprochen wird. Allein man muß die noxa, um die es sich in jenem §. handelt, von der culpa unterscheiden, deren Begriff dem fraglichen Gegensatze zu Grunde liegt. Man muß bedenken, daß in der mitgetheilten Stelle nur das Wissen im Verhältniß zum Nichtwissen, oder noch genauer die falschen Vorstellungen im Verhältniß zu den richtigen, aber keine Unterscheidung innerhalb des Bereiches der Unkenntniß selbst zur Sprache kommen. Auch konnte jener Gegensatz, da er wesentlich mit dem Wesen der Familie der Gesellschaft und des Staates zusammenhängt, erst im Theile von der Sittlichkeit erörtert werden, in welchem eben erst an die Entwickelung der zuletzt genannten Kategorieen die Reihe kommt.

Bevor aber Hegel auf diesen letzten Hauptabschnitt seines Rechtssystems übergeht, kommt er noch in der Moralität §. 132[31]) auf eine Frage zu sprechen, welche mit der Lehre von der Zurechnung des Irrthums wegen vorhandener Culpa genau zusammenhängt.

Das Subject, lehrt er dort, sey befugt, nur Dasjenige als bindend für seinen Willen anzuerkennen, was es als gut erkannt hat, und sich lediglich nach Maßgabe dieser Einsicht zu bestimmen. Daraus folge die weitere Befugniß des Subjects, zu fordern, daß seine Handlung nach dieser Einsicht, welche es von ihrem Werthe hatte, allein gerichtet werde.

---

[31]) „Das Recht des subjectiven Willens ist, daß das, was er als „gültig anerkennen soll, von ihm als gut eingesehen werde, und „daß ihm eine Handlung, als der in die äußerliche Objectivität „tretende Zweck, nach seiner Kenntniß von ihrem Werthe, den „sie in dieser Objectivität hat, als rechtlich oder unrechtlich, gut „oder böse, gesetzlich oder ungesetzlich zugerechnet werde."

Dies Recht wird im §. 215 als das des Selbstbewußtseyns bezeichnet.

Nach diesen Sätzen gewinnt es den Anschein, als solle das gebilligt und unter die Aegide einer vernünftigen Nothwendigkeit gestellt werden, was die Criminalisten Rechtswahnwitz zu nennen pflegen, und als jedes Anspruchs auf Berücksichtigung baar erklären.

Allein man hat fortwährend festzuhalten, daß in der Moralität vom Subjecte in dessen Unabhängigkeit von dem vernunftgemäßen, sittlichen Leben gehandelt wird, wo die Möglichkeit offen bleibt, daß dem Einzelnen eine unvernünftige, unfreie Gestaltung der Außenwelt mit unsittlichen Forderungen des positiven Rechts entgegentritt. In Bezug auf diese soll für das Subject keine Pflicht bestehen, sich an sie zu binden, sondern die Art und der Grad ihrer Befolgung lediglich der berechnenden Klugheit (natürlich ohne Verletzung der Moral) anheim gestellt werden.

Entgegengesetzt verhält sich aber die Sache da, wo jene Gestaltungen des Lebens, Familie, Gesellschaft und Staat, als vernünftig, als Verwirklichung der objectiven Freiheit in sittlicher Weltordnung erscheinen. Da ist es Pflicht des Subjects, als eines vernünftigen, freien Wesens, sich mit Recht und Gesetz in völlige Uebereinstimmung zu setzen, dasselbe zu erkennen, als bindend anzuerkennen, sogar als Bedürfniß und Forderung der eigenen Natur zu achten und zu befolgen. Von diesem Verhältniß der subjectiven Freiheit zur objectiven, von der Vollendung der Freiheit überhaupt durch die Uebereinstimmung beider handelt eben der letzte Hauptabschnitt der Grundlinien, die Sittlichkeit, so genannt, weil er von einer Weltordnung handelt, in welcher die Moralität zur äußerlichen Herrschaft gelangt, in der Sitte gleichsam verkörpert worden ist.

Im §. 148 heißt es: „Alle die substantiellen Bestimmungen „der objectiven Freiheit sind für das Individuum, welches sich „von ihnen als das Subjective und in sich Unbestimmte oder

„besonders Bestimmte unterscheidet, hiermit im Verhält-
„nisse zu ihnen als zu seinem Substantiellen steht, — Pflichten,
„für seinen Willen bindend.“ Ferner im §. 153: „Das Recht
„der Individuen für ihre subjective Bestimmung
„zur Freiheit hat darin, daß sie der sittlichen Wirklichkeit
„angehören, seine Erfüllung, indem die Gewißheit ihrer
„Freiheit in solcher Objectivität ihre Wahrheit hat, und sie im
„Sittlichen ihr eigenes Wesen, ihre innere Allgemeinheit
„wirklich besitzen. Auf die Frage eines Vaters nach der besten
„Weise, seinen Sohn sittlich zu erziehen, gab ein Pythagoräer
„(auch Anderen wird sie in den Mund gelegt) die Antwort:
„wenn du ihn zum Bürger eines Staates von guten
„Gesetzen machst.“

Insofern der Mensch bestimmt ist, mit Anderen zu leben, enthalten Familie, bürgerliche Gesellschaft und Staat die äußerliche Realisation und Gewißheit, der Idee nach sogar allein die Möglichkeit vollendeter Freiheit, zu welcher der Mensch in ihnen und durch sie erhoben wird. Sie enthalten deren äußere, nothwendige Bedingungen.

In diesem Zusammenhange zwischen subjectiver oder objectiver Freiheit aber liegt die Forderung enthalten, daß jene Gestaltungen des sittlichen Lebens in ihrer Einrichtung der moralischen Natur der Individuen entsprechen, theils daß sich diese den Anforderungen jener zu fügen haben.

Aus diesem innigen Zusammenhange und der dadurch begründeten Verknüpfung der Interessen ergiebt sich ferner, daß jede Pflicht der Einzelnen gegen die objective Freiheit ihnen eigener Gewinn und darum Recht, und umgekehrt jeder eigene Gewinn dem Ganzen vortheilhaft, darum das Recht auch Pflicht ist. Alle die Rechte daher, welche zwar eine Pflicht auf Seiten Anderer voraussetzen, aber keineswegs zugleich Pflicht ihres eigenen Inhabers sind, wie die Privatvermögensrechte des Einzelnen als Solchen, die auf Unrecht gegründeten Rechtsan-

sprüche und die sogenannten moralischen Befugnisse, gehören nicht in diese Sphäre, sondern in die vorhergehenden des abstracten Rechts oder der Moralität.

Diese von Hegel construirte Weltordnung aber will er nicht etwa als ein bloßes Ideal betrachten wissen, welches jenseits oder außerhalb der Wirklichkeit nur im Reiche des Gedankens existire. Sondern sie soll sich in dem wirklichen, gegenwärtigen Leben, wenigstens als Grundtypus und Norm, überall vorfinden. Er glaubt nur den sittlichen Gehalt der eigentlichen Wirklichkeit durch seine Entwickelung philosophisch zu reproduciren, und zu zeigen, wie in jener die äußere Freiheit Boden und Körper gewonnen habe. Die Familie, die bürgerliche Gesellschaft und der Staat, wie sie wirklich vorliegen, gelten ihm ihrem Grundwesen nach für die vernünftigen, sittlichen Mächte, mit denen sich der Einzelne in Einklang zu setzen habe, um frei zu seyn.

Die Kenntniß des Rechts, wodurch diese äußere Weltordnung normirt wird, erscheint in diesem Zusammenhange nicht etwa losgetrennt von der Sittlichkeit, als bloße Forderung berechnender Klugheit auf Seiten der Staatsgewalt. Sondern, wie Hegel überhaupt den Gegentheil zwischen Politik und Sittlichkeit nicht gelten läßt, vielmehr die höchste Politik als ein Befolgen und Aufrechterhalten der sittlichen Gebote betrachtet: so erklärt er auch die Pflicht des Einzelnen, die Gesetze zu kennen, für eine sittliche, in der eigenen Natur des Menschen, als freien, vernünftigen Wesens, Familienmitglieds und Staatsbürgers, begründet, darum eben sowohl ein Recht, eine Grundlage seiner äußeren Freiheit.

Damit aber diese Pflicht der Rechtskenntniß mit den subjectiven Rechten des Wissens und des Selbstbewußtseyns der Einzelnen, welche die Träger der sittlichen Weltordnung sind, nicht in Widerstreit gerathe; so wird im §. 215 für den vernunftgemäßen Staat die Nothwendigkeit behauptet, daß die Gesetze allgemein (also durch allgemein zugängliche Organe und in

einer allgemein faßlichen Weise) bekannt gemacht seyen. „Die „Gesetze," wird hinzugefügt, „so hoch aufhängen, wie Dionysius „der Tyrann that, daß sie kein Bürger lesen konnte, — oder „aber sie in den weitläufigen Apparat von gelehrten Büchern, „Sammlungen, von Decisionen abweichender Urtheile und Mei- „nungen, — Gewohnheiten u. s. f., und noch dazu in einer „fremden Sprache vergraben, so daß die Kenntniß des geltenden „Rechts nur Denen zugänglich ist, die sich gelehrt darauf legen,— „ist ein und dasselbe Unrecht. — Die Regenten, welche ihren „Völkern, wenn auch nur eine unförmliche Sammlung, wie Justi- „nian, noch mehr aber ein Landrecht als geordnetes und be- „stimmtes Gesetzbuch gegeben haben, sind nicht nur die größten „Wohlthäter derselben geworden und mit Dank dafür von ihnen „gepriesen worden, sondern sie haben auch damit einen großen „Act der Gerechtigkeit exercirt."

Mit jener Anforderung an den sittlichen Staat hängen andere zusammen, welche im §. 216 näher begründet werden, nämlich: 1) daß das Gesetzbuch einfache Bestimmungen enthalte,[32]) 2) daß es durch Vollständigkeit das Rechtsbedürfniß im Staate befriedige, 3) daß es, um diesen beiden Ansprüchen zugleich zu genügen, allgemeine Grundsätze aufstelle, deren Vermittelung mit der Specialität der Fälle der juristischen Subsumtion überlassen bleibe[33]).

---

[32]) Leges breves esse oportet.

[33]) Indem Hegel diese Bedingungen für die Vollendung eines Gesetzbuchs anerkennt, will er weder ein für alle Zeiten unwandelbares Recht, noch eine solche Vollständigkeit, die alle möglichen Fälle umfasse. Vielmehr behauptet er die Nothwendigkeit einer zeitgemäßen Fortbildung, jedoch mit der Modification, daß bei dem Streben, das Neue an das Alte anzuknüpfen, dieses durch jenes weiter zu führen, alle Verwickelung, überhaupt Alles, was die Uebersichtlichkeit und Bestimmtheit, die Erkenntniß erschwert oder verhindert, durchaus vermieden werden solle. Ferner erkennt er an, daß für das Privatrecht deshalb, weil es lauter endliche Dinge zu seinen Objecten habe, sich absolute Vollständigkeit gar nicht erreichen lasse. Denn,

Diesen Anforderungen Hegel's an den Staat in Betreff der Nothwendigkeit, das subjective Recht der Bürger in ihrer Pflicht zur Rechtskenntniß zu wahren, entspricht im Wesentlichen Dasjenige, was im Abschnitt I. des dritten Beitrags dargestellt ward, dort zunächst im Bezug auf den Dolus, aber von einer allgemeineren Bedeutsamkeit für den ganzen Umfang des Rechts. Wenn man den Zustand der Justiz in den Ländern, wo das fremde recipirte Jus subsidiär noch als unmittelbar praktisches Privatrecht zur Anwendung kommt, nach Maaßgabe solcher Anforderungen prüft; so muß man zugeben, daß im Allgemeinen der Sittlichkeit nur unvollkommene Genüge geleistet, das Recht der Einzelnen durchaus unzureichend gewahrt ist. Die

---

ganz abgesehen von der Reihenfolge der Dinge in der Zeit, gestatte ihr gegenseitiges Verhältniß im Raum stets wieder die Möglichkeit eines Anderen daneben, wodurch ein Progreß in das Unendliche bedingt werde. Vollständigkeit in diesem Bezug fordert darum Hegel nur bedingter Weise, als ein „Perenniren der Annäherung." Zugleich warnt er vor der übergroßen Bedachtsamkeit, welche über dem Wunsche nach möglichster Vollkommenheit einer beabsichtigten Gesetzgebung nie dazu kommen kann, etwas Wirkliches zu produciren. „Le plus grand ennemi du bien," sagt er, „c'est le mieux. Wenn „man behauptet, eine Wissenschaft sey unvollständig, so liegt die „Ansicht nahe, daß man warten müsse, bis sie sich ergänzt habe; „denn das Beste könne noch fehlen. Auf diese Weise aber wird „Nichts vorwärts gebracht. Das allgemeine Gesetz waren sonst immer „die zehn Gebote: darum nun, weil ein Gesetzbuch nicht vollständig „seyn kann, das Gesetz, Du sollst nicht tödten, nicht aufstellen, „erhellt sogleich als eine Absurdität. Jedes Gesetzbuch könnte noch „besser seyn. Die müssige Reflexion darf dieß behaupten. Denn „das Herrlichste, Höchste, Schönste kann noch herrlicher, höher, „schöner gedacht werden. Ein großer alter Baum verzweigt sich „mehr und mehr, ohne deshalb ein neuer Baum zu werden. Thö„richt wäre es jedoch, keinen neuen Baum der neuen Zweige wegen, „die noch kommen könnten, pflanzen zu wollen." (Zusatz zu §. 216. Ausg. von Gans. 1840. S. 274.) Doch darf nicht unbemerkt bleiben, wie anderseits die Neuzeit bewiesen hat, daß mit Uebereilung im Gebiete der Legislation auch Nichts gewonnen wird.

eigenthümliche Natur der römischen Rechtsquellen, deren durchgängig richtige Behandlung heut zu Tage ein sorgfältiges, ausdauerndes Fachstudium voraussetzt, zum Theil unbesiegbare Schwierigkeiten darbietet, das Unnationale mancher Normen und Institute, vielfache Widersprüche und Unvollständigkeiten, der oftmalige Mangel einer völlig entsprechenden Uebereinstimmung zwischen dem wahrhaft substantiellen Kern und der ihn umkleidenden Schale, jene nur aus dem öffentlichen Leben der Römer in einer mehr als ein Jahrtausend langen Entwickelung erklärlichen Zufälligkeiten und Sonderbarkeiten der Mittel, wodurch auch die Zwecke in den Augen nicht allein der Laien, sondern sogar der ausübenden Juristen vielfach in Mißachtung gerathen sind, — alle diese Uebelstände sind zwar oft von den Widersachern jenes Rechts, meist aus unlauteren Absichten, übertrieben worden, können aber selbst von dem billigen Beurtheiler nicht in Abrede gestellt werden; und wenn man dazu noch die hier und da offenkundige Mangelhaftigkeit der Institute für die Rechtspraxis, wie das Einwirken anderer verderblicher Einflüsse nimmt; so muß man schon nach allgemeinen Gründen einsehen, daß sich aus jenen Ursachen eine Unermeßlichkeit nachtheiliger Wirkungen mit Nothwendigkeit entwickelt. Das Bedürfniß der Zeit fordert darum, daß das römische Privatrecht aus der Reihe der unmittelbar praktischen Rechte verschwinde, und die große Masse seines wahrhaft vortrefflichen, nur vom Unverstande, Fanatismus oder Egoismus angefochtenen Gehalts in einem allgemeinen deutschen Gesetzbuche wiedergeboren werde, um eine neue Epoche der Jurisprudenz möglich zu machen, wo neben dem Festhalten am historischen Boden, an den Lehren vergangener Jahrtausende auch der fortgeschrittenen Erkenntniß der Gegenwart eine bildsame, weiterer Entwickelung fähige Masse zur Vorlage dient. Zwar wird wohl in Büchern oder vom Katheder herab die Lehre verkündigt, daß der Rechtszustand in den Ländern des gemeinen Rechts in Nichts jenem nachstehe, welcher sich nach der Aufhebung von dessen unmittelbar praktischer Geltung durch die Landesge-

setzgebung gebildet habe. Allein so Vieles auch die neueren Legislationen noch zu wünschen mögen übrig gelassen haben; so würden doch den gelehrten Herrn Verkündigern jener Lehre, wenn sie in den Ländern des gemeinen Rechts selbst sähen und hörten, hier und da manchmal die Haare zu Berge stehen. Dem Theoretiker mag das fremde Recht oft um so höheres Interesse gewähren, je größere Schwierigkeiten es seiner Gelehrsamkeit, seiner Fähigkeit, seinem Scharfsinne zu überwinden entgegenstellt. An Brauchbarkeit gewinnt es darum gewiß nicht.

So viel vom error juris.

Im §. 117 ward das Reich der Außenwelt gegenüber dem Subject nach dem Verhältnisse der Endlichkeit betrachtet, welches die Möglichkeit des Irrthums auf Seiten des Letzteren gestattet. Im weiteren Verlaufe der Entwickelung aber wird, abgesehen von der Aeusscheidung des Jus aus der vorher ununterschiedenen Masse der Außerlichkeit durch sein Herüberziehen in die sittliche Sphäre, dem Einzelnen, wie er aus seiner bloßen Subjectivität heraustritt, als Mitgliede der Familie, der bürgerlichen Gesellschaft und des Staats ein gewisser Umfang der Arbeit, der Thätigkeit, als Recht und Pflicht, angewiesen, und somit aus dem weiten Bereiche des Factums (für jedes Individuum) ein bestimmter Theil abgesondert, dessen Kenntniß für dasselbe zur sittlichen und also rechtlichen Nothwendigkeit wird. Nach dem eigenthümlichen Verhältnisse zwischen subjectiver und objectiver Freiheit erscheinen diese Resultate theils als auf das Recht und die Pflicht des Staats gegründet, innerhalb seines Gebietes eine wahrhafte, d. h. sittliche Freiheit aufrecht zu erhalten, also die Möglichkeit der Chicane und des Betrugs zu verhüten, theils auf das Recht und die Pflicht der Bürger, in der Theilnahme an dieser Freiheit als in ihrem wahrhaften Wesen anerkannt zu werden. Beide Gesichtspunkte findet man ohne Zweifel auch im positiven Rechte festgehalten, welches überall die vernünftige Maxime durchführt, die Vorsicht

gegen Ungerechtigkeit nie auf Kosten der Gerechtigkeit geltend zu machen.

Wie überhaupt, so wird auch in den hier mitgetheilten Aphorismen das Studium der Philosophie Hegel's für den Unbefangenen durch die s. g. dialektische Form störend, jene Frucht einer unseligen Verirrung des über die Grenzen seiner Erkenntniß hinausstrebenden Menschengeistes, nach welcher die Wahrheit (die Idee), wie ein gescheuchtes Wild, oft vermittelst purer Trugschlüsse und auf eine bis zum Bizarren, Lächerlichen oder Absurden verfehlte Weise, durch verschiedene (oder die verschiedenen) Stufen der (vermeintlichen) Entwickelung ohne Ruhe und Rast hindurch gejagt ward.

Abgesehen von der Form, beruht ein Hauptfehler[34]) der mitgetheilten Lehren auf der Einbildung Hegel's, nach dem Grundsatze: was vernünftig, sey wirklich, in seinen Ideen durchaus nur den sittlichen Gehalt der wahrhaften Wirklichkeit wiedergegeben zu haben. Weil er als Philosoph nothgedrungen war, ein Ideal aufzustellen, weil er aber Philosoph seyn und dennoch kein Ideal haben wollte; so hat ihn dieser Widerspruch dahin geführt, ein Bild zu entwerfen, welches, die Mitte haltend zwischen Ideale und Wirklichkeit, weder jenes erreicht, noch diese darstellt. Zwar vermeinte er den bemerkten Widerspruch dadurch zu beseitigen, daß er Ideal und Wirklichkeit für identisch erklärte. Aber zu welchen Mißgriffen er dadurch verleitet ward, ergeben schon die obigen Mittheilungen. Wer (selbst von den Conservativen) mag es läugnen, daß die vor-

---

[34]) Ausstellungen von einem allgemeineren philosophischen Interesse hier erörtern zu wollen, würde von der Bestimmung dieses Aufsatzes allzuweit abführen.

handene Wirklichkeit der Familie, der bürgerlichen Gesellschaft und des Staats keineswegs durchweg den von Hegel nachgewiesenen Anforderungen der Sittlichkeit entspricht, daß vielmehr in jener oft wesentliche Unvernunft und Unfreiheit hervortritt, welche nie oder doch nur möglicher Weise den noch dem Zufalle unterworfenen Anstrengungen langer Jahre und nie vollständig zum Opfer fallen mag. Die rein natürliche Seite der Außenwelt in ihrer Einwirkung auf die Menschennatur, die durch hohes Alter geheiligte Macht historischer Uebel stellen dem Streben nach dem Aufbau einer vollkommenen objectiven Freiheit so bedeutende Hindernisse entgegen, daß man um so weniger eine Realisation der hegelschen Politik nur hoffen kann, als sie selbst so manches Verwerfliche darbietet.

Darum darf von dem Bürger weder überall, noch unbedingte Rechtskenntniß gefordert werden, eben so wenig, als man zugeben kann, daß in den Staaten der Wirklichkeit das Recht des Wissens und jenes des Bewußtseyns völlig entsprechende Geltung erlangt haben. Darum bedarf es ferner vielfacher, außerordentlicher Nachhülfe, von welcher Hegel Nichts weiß oder wissen will, und namentlich eines Juristenstandes. Wenn diesem in einem Zusatze zu §. 215 (also außerhalb des Systems der dialektischen Entwickelung) der Vorwurf gemacht wird, daß er die Kenntniß der Gesetze zu seinem Monopole mache, und Jeden, der nicht vom „Metier" sey, vom Mitsprechen ausschließen wolle: so liegt darin zunächst die Unschicklichkeit, den Beruf des Juristen als Handwerk zu bezeichnen, und sodann enthält die Behauptung, in der Allgemeinheit ausgesprochen, wie sie vorliegt, eine Unwahrheit, ein Beispiel derselben Unkenntniß, welche Hegel in seinen Urtheilen über die Rechtswissenschaft und ihre Vertreter, zuweilen noch mit einer Beimischung von Anmaßung und Grobheit, mehrfach an den Tag legt. Und dennoch hört man dieselbe Behauptung so oft wiederholt, besonders von Solchen, welche mit Gewalt das Institut der Jury oder des

der altdeutschen Geschwornengerichte in unsere neuere Gerichtsverfassung eingeführt sehen wollen, ohne gehörig oder überhaupt zu bedenken, daß unsere Zeit weit von der Einfachheit und dem öffentlichen Leben jener sich entfernt, in welcher jene Institute an ihrem Platze waren oder vielleicht noch sind. Um unser Recht und sein Verhältniß zu den Anforderungen und Bedürfnissen der Gegenwart zu kennen und zu würdigen, wird theils ein ernstes specielles Studium, theils ein weiterer Gesichtskreis vorausgesetzt; und wer mag es dem Manne von Fach verargen, wenn er den Schreier oder Schwätzer, welcher sich anmaßt, ihm mit seinen Lapalien und seiner Ignoranz entgegenzutreten, ganz unbeachtet läßt oder entsprechend zurückweist. Wenn in der That ein Vorwurf darin liegt, daß die Erhaltung der Rechtskenntniß im Staate einen besonderen Stand erfordert; so kann dieser entweder nur die Gesetzgebung, die Einrichtung des öffentlichen Lebens, oder die bürgerlichen Zustände treffen, namentlich die Mannichfaltigkeit und Vertheilung der Bedürfnisse und der Arbeit, welche doch Hegel sonst als eine vernunftgemäße anerkennt. Damit soll gar nicht in Abrede gestellt werden, daß allerdings ein solcher Zustand, wonach jeder Bürger vom vorhandenen Rechte mindestens eine allgemeinere und für den Kreis seiner besonderen Verhältnisse auch eine speciellere Rechtskenntniß besitzt, wünschenswerth und im Interesse der Individuen, wie der Allgemeinheit sogar nothwendig sey. Das Daseyn eines solchen kann Niemand mehr wünschen, als, — mit etwaiger Ausnahme rabbulistischer Advocaten und Richter, wenn diese überhaupt den Namen Juristen verdienen, — die Träger der Rechtswissenschaft, welche allein unter dieser Voraussetzung zu entsprechender Anerkennung und Wirksamkeit zu gelangen vermögen. Was aber den Standpunct Hegel's betrifft, so hätte dieser bei völliger Consequenz dazu kommen müssen, eben so einen Juristenstand zu deduciren, wie er die Nothwendigkeit eines Zweikammersystems für die Volksvertretung, der Cooperationen der Standesherrn und des niederen Adels, von denen jene die erste

Kammer bilden, dieser in der zweiten repräsentirt werden müsse, philosophisch zu entwickeln versucht hat[35]).

Trotz aller wesentlichen Mängel indessen wird Niemand die hohe Genialität, den Scharfblick und Tiefsinn in den oben wiedergegebenen Ausführungen Hegel's verkennen; und, wenn derselbe auch kein reines Ideal gemalt hat, so liefert er doch ein viel schöneres, trostvolleres Bild, als jenes, welches die Wirklichkeit selbst darbietet.

Ihr Welt- und Geschäfsmänner, ihr Alle, die ihr in euerem Wirkungskreise mit einem unerwarteten Grade von Dummheit, Verderbtheit und Leichtsinn zu kämpfen habt, ihr, in deren schönste und vollste Lebensaccorde Verblendung und Frevel unter dem Schutze materieller Gewalt vernichtend oder verstimmend eingegriffen, oder, die ihr in der Menschennatur den wahrhaft vortrefflichen Gehalt nicht von den Verbildungen zu trennen versteht, und euch doch so gewaltig viel darauf zu gute thut, daß ihr den Menschen kennt, wie er wirklich ist, überhaupt Alle, die

---

[35]) Man findet bereits in Hegel's Grundlinien diejenigen Ideen vorgezeichnet, welche in den neuesten constitutionellen Gestaltungen Preußens ihre practische Verwirklichung, obwohl mit nothwendigen Besonderheiten in Ausführung und Verzierung, gefunden haben. Daraus kann man mit ziemlicher Zuverlässigkeit schließen, daß jene bereits damals den preußischen hohen Staatsmännern zum Behuf künftiger Effectuirung vorlagen. Hegel, der seine Philosophie für den Gipfelpunkt menschlicher Erkenntniß halten mußte, und, um ihretwillen in anderen Ländern angefeindet und verfolgt, in Preußen ehrenvollen Schutz und Anerkennung gefunden hatte, betrachtete darum begreiflicher Maaßen diesen Staat als den intelligentesten, seine Staatsmänner für das Nonplusultra von Politikern, und adoptirte darum deren Ideen als Unterlage für seine Philosophie, zum Theil vielleicht in Folge unmittelbarer, mündlicher Mittheilung. Aus demselben Grunde erklärt sich wahrscheinlich auch seine hier und dort an den Tag gelegte Tadelsucht gegen den Juristenstand, von dem man weiß, daß er sowohl wegen seiner Mängel, als wegen seiner Vorzüge von den höheren Administrativbehörden oft weder geliebt, noch geachtet wird.

ihr am Menschenwerthe zu verzweifeln, euch egoistisch in euer Inneres zurückzuziehen beginnt oder fortfahrt, um euch nicht in der Berührung mit dem Haufen zu beschmutzen, der euch so viele verachtungs- und hassenswürdige Seiten dargeboten hat: — tretet heran an diese Gebilde eines tiefen, klaren, ernsten Denkers. Laßt euch nicht abhalten, unter der ungenießbaren Schale den nährenden, trefflichen Kern zu suchen. Erfrischt eure ermatteten Seelen im Anschauen eines Gemäldes, welches euch das Wesen des menschlichen Geistes in einer Reinheit zeigt, wie sie die dem Paradiese entfremdete Wirklichkeit nicht mehr darbietet, und lernet einsehen, daß der Mensch, wie er in der Gegenwart gewöhnlich ist, nicht nothwendig seyn muß, daß viele Unnatur nur auf der Macht äußerer Nothwendigkeit und böser Sitte beruht, damit ihr das hohe Gebot des Erlösers wieder achtet und befolgt: „Daran will ich erkennen, daß ihr meine „Jünger seyd, wann ihr Liebe gegen einander habt."

X.

Ueber Trennung der Urtheilsvollziehung von der Urtheilsfällung.

Von

Herrn Hofgerichtsrath Gerau in Darmstadt.

Nach den Grundsätzen unsers deutschen Staats- und Prozeßrechts umfaßt die ordentliche Gerichtsbarkeit nicht nur das Recht, streitige Rechtssachen zu entscheiden, sondern auch das Recht der für diesen Zweck nöthigen vorgängigen Erörterung und Verhandlung, sowie das Recht, die ausgesprochenen Erkenntnisse und Verfügungen mittelst äußeren Zwangs zu vollstrecken. Der Richter beherrscht das ganze Verfahren vom ersten Momente der Anbringung der Klage bis zum letzten Acte der Hülfsvollstreckung. Der deutschen Prozeßgesetzgebung erschiene nach dem wissenschaftlichen Begriffe, wie nach dem praktischen Bedürfnisse der Rechtspflege die Leitung der zweckgemäßen Entwickelung der für das Urtheil erforderlichen Vorbereitungshandlungen durch den entscheidenden Richter für die Zwecke der Rechtsverwaltung eben so nothwendig, als daß der Schluß des Ganzen, die Vollstreckung der gesprochenen Urtheile, worin gerade das Ziel des Verfahrens beruht, gleichfalls wenigstens in der unmittelbaren Anordnung

und Bewirkung durch nach Auftrag und Befehl der Gerichte handelnde, von ihnen im Aeußeren wie im Inneren ihrer Thätigkeit abhängige und überwachte Beamte ein Attribut des Richteramts verbleibe.

Das römische Recht erkennt dem gesetzlichen Begriffe nach zwar das Recht der Vornahme resp. Anordnung der zur Entscheidung erforderlichen Vorverhandlung und Erörterung der Thatumstände als Bestandtheil der ordentlichen Gerichtsbarkeit, dagegen aber begriff solche bei den Römern die Vollstreckung der Urtheile durch äußeren Zwang nicht in sich. Diese gehörte zum imperium der höheren Magistratspersonen (der dirigirenden und executiven Gewalt). Allein schon die Römer erkannten an: „quod jurisdictio sine modica coercitione nulla est," es konnte daher das imperium mit der Jurisdiction in der Ausübung verbunden werden, und diese Verbindung fand wirklich statt. Geringere und Municipalobrigkeiten, die kein imperium hatten, übten den Gerichtszwang vermöge besonderer Concession aus, die höheren Staatsbeamten, wie Consuln, Prätoren, Präfecten, Präsides und Proconsuln der Provinzen, hatten neben der Jurisdiction zugleich das imperium, es cohärirte bei diesen verfassungsgemäß die vollstreckende Gewalt mit der Jurisdiction.

Ganz andere Grundsätze hat die französische Prozeßgesetzgebung auch bezüglich der Urtheilsvollstreckung aufgenommen.

Sie betrachtet nicht, wie das deutsche Prozeßrecht, das ganze Verfahren von der Klage bis zur Urtheilsvollstreckung als ein zusammenhängendes Ganze. Die französische Gesetzgebung hat nicht nur die Prozeßleitung, sondern auch die Urtheilsvollziehung von der Urtheilsfällung isolirt, und die Urtheilsvollziehung selbstständigen Vollstreckungsbeamten, den huissiers, überwiesen.

Ein wichtiger Beamte des französischen Prozesses ist der huissier, welchem über seinen ursprünglichen Geschäftskreis eines Thürstehers und Ordnungswächters bei den öffentlichen Audienzen hinaus in der späteren Gesetzgebung zugleich die Leitung und

Besorgung des Vorverfahrens vor dem Urtheile, und die Vollstreckung der Urtheile übertragen ist. Ihrem jetzigen Wirkungskreise nach sind sie von den Richtern in ihrer Thätigkeit, so lange ihre Handlungen nicht selbst Gegenstand eines Rechtsstreites werden, unabhängige[1]), mit eigner Amtsgewalt ausgerüstete öffentliche Beamte, welche das Recht haben, Befehle zu geben und mit der Wirkung vollkommmener Glaubwürdigkeit Protocolle (procés verbaux) aufzunehmen.

Sie fertigen ohne Dazwischenkunft des Gerichts auf Anfordern einer Partei die Klage aus und stellen solche dem Gegentheile in gesetzlich vorgeschriebener Form mit einem Ladungsbefehle zu, besorgen überdies im ordentlichen Prozesse die gegenseitigen Mittheilungen von Anwalt zu Anwalt unter öffentlichem Glauben.

Sie üben hinsichtlich der gefällten Urtheile, sowie hinsichtlich derjenigen Notariatsacte, welche ohne Dazwischenkunft eines richterlichen Urtheils an sich vollstreckbar sind, die von der Gerichtsbarkeit an sich getrennte vollstreckende Gewalt, erscheinen insofern nur als der aufsehenden Gewalt des Staats untergeordnete Beamte der Regierung und der solche bei den Gerichten repräsentirenden Staatsprocuratur, und haben nur in so weit die Gewalt der Gerichte als solcher anzuerkennen, als ihre Handlungen selbst den Gegenstand eines Rechtsstreites abgeben. Sie sind also gewissermaaßen in der hier angedeuteten Beziehung Vollstreckungsrichter.

Nicht von dem Richter, sondern von dem huissier unmittelbar verlangt die siegende Partei die Vollstreckung ihres Urtheils. Die Stellung der huissiers ist gewissermaaßen aufsichtslos, von Amtswegen wird ihre Thätigkeit von Niemand überwacht, sie stehen allein unter dem von der Staatsprocuratur und dem Justizminister bewachten Gesetze. Das erst auf erfolgte specielle Beschwer-

---

[1]) Feuerbach l. c. Bd. II. S. 121 ff.

beführung erfolgende Einschreiten des Staatsprocurators ist unzureichend, da der Staatsprocurator denselben nicht einmal einen Verweis geben kann.

Die Gerichte als Gerichte haben keinen Einfluß auf den huissier hinsichtlich der Execution, sie können ihm keine Auflage machen, am wenigsten in das Innere seiner Geschäftsbehandlung eingreifen, oder Executionswege vorschreiben. Als vorgesetzte Collegien haben sie jedoch über denselben eine Disciplinargewalt, und der Staatsprocurator hat durch Androhung und wirkliche Anregung dieser Gewalt das unzureichende Mittel, auf den säumigen huissier einzuwirken.

Nach dem Zeugnisse Feuerbachs l. c. Bd. II. S. 183 und anderer erfahrenen französischen Rechtsverständigen gehört das Institut der huissiers nach der allgemeinen, in Frankreich herrschenden Stimme zu den Krebsschäden des französischen Justizwesens, worüber der Staatsrath Treilhard im Jahre 1806 bei Gelegenheit des Vortrags über den neuen code de procédure im gesetzgebenden Körper sich äußerte: Hier muß ich schonungslos ein großes Gebrechen unseres Gerichtswesens aufdecken ꝛc.[2]). Abgesehen von den speciellen, aus dem Mangel gehöriger Regelung und kräftiger Ueberwachung der Thätigkeit dieser Beamten sich ergebenden mannichfachen Gebrechen, welche leicht beseitigt werden können, und abgesehen von der enormen Kostspieligkeit der Proceduren der huissiers, ist die der Bildung dieser zwischen die Gerichte und Parteien als Mittelbehörde eingeschobenen Beamtung zu Grunde liegende Idee: der Trennung der Vollstreckung der gesprochenen Urtheile von der Fällung derselben, eine widernatürliche, sie bewirkt einen unnatürlichen, dem wissenschaftlichen Begriffe wie dem Zwecke des Verfahrens widerstrebenden, die Justiz in ihrer Selbstständigkeit und Unabhängigkeit benachtheili-

---

[2]) Siehe auch niederrhein. Archiv für Gesetzgebung ꝛc. Band III. S. 252; Bd. IV. S. 126.

genden Organismus, und erzeugt eine Zerrissenheit des Verfahrens unter mehrere Behörden mit dem Erfolge unvermeidlicher Verzögerung und vermehrter Kosten, und ohne den Zweck und Erfolg gegenseitiger Ueberwachung und vermehrter Garantie für gesetzmäßige Geschäftsvornahme. Ueberdieß sind die dienstlichen Functionen derselben, die Anforderungen, die das Gesetz an sie macht, so verschiedener Art und so groß, daß nach dem Zeugnisse im französischen Gerichtswesen practisch erfahrner Juristen nur sehr wenige huissiers den an sie gemachten Anforderungen genügen, vielmehr in ihren Acten selbst eine sehr reichhaltige Quelle von Prozessen zu suchen ist[3]). Die Vereinigung der Verrichtungen eines Pedellen mit der Instruction und Leitung der Processe wieder Urtheilsvollziehung, also richterlicher Handlungen, welche wissenschaftliche Bildung und Gesetzeskenntniß voraussetzen, in derselben Person setzt zu verschiedenartige Eigenschaften voraus, als daß man eine gleich pünktliche und auf volle Hingebung sich stützende Verrichtung dieser so völlig verschiedenen Functionen nach allen Richtungen hin erwarten könnte. Es ist widernatürlich, die Anordnung des Vollzugs und die Vollstreckung der gefällten und unabänderlichen Urtheile einem anderen, von dem Gerichte im Inneren seiner Thätigkeit und in der amtlichen Ueberwachung seines dienstlichen Handelns unabhängigen Beamten zu übertragen, da das Verfahren von Anfang bis zur Vollstreckung des Urtheils ein Ganzes bildet, dessen mehrere Abschnitte im natürlichen Zusammenhange wie alles Bedingende zum Bedingten stehen, und nicht ohne Nachtheil zerrissen werden können, weil das Vorangehende nicht allein die Grundbedingung, sondern auch die Grundlage des Nachfolgenden bildet, aus welchem sich das Letztere in harmonischer Entfaltung entwickeln muß, und weil namentlich das

---

[3]) Niederrheinisches Archiv für Gesetzgebung rc. 3. Band, S. 260. u. f.; 4. Bd. S. 127, 130.

Urtheil in vielen Fällen nur mit Rückblick auf die vorangegangenen Verhandlungen richtig erfaßt, begriffen, und darum auch nur mit Hinblick auf solche richtig vollstreckt werden kann. Die Vollstreckung des Urtheils bildet gerade das Ziel des ganzen Verfahrens, die Vollstreckung muß nicht allein auf der Grundlage des gesprochenen Urtheils und der Vorverhandlungen ruhen, sondern zugleich, ganz abgesehen von den besondern Formen des Verfahrens, auf der allgemeinen Grundlage des bürgerlichen Rechts, weil jeder Eingriff in das Vermögen eines Menschen wieder eine vielseitige Berührung anderer Rechtsverhältnisse namentlich dritter Personen zur Folge hat, jeder Hülfsvollstreckungsact also eine stete Ueberwachung durch einen der Rechte kundigen und mit der Gewalt der Entscheidung ausgestatteten, wie mit der Verantwortlichkeit des Richters belasteten Beamten erfordert.

Es ist darum gewiß eine naturwidrige Zerreißung des in sich selbst, in seiner Entwickelung wie in seinem Zwecke Zusammenhängenden, wenn man dem Richter, der das nicht anerkannte Recht im concreten Falle zur praktischen Verwirklichung erheben soll, diese Rechtsverwirklichung in der äußeren Vollstreckung entzieht, während er dieses bestrittene Recht durch seinen für den vollstreckenden Beamten unabänderlichen Ausspruch festzustellen und zur Geltung zu erheben hat, wenn man also für denselben Zweck und in derselben Sache neben der richtenden eine von derselben isolirte vollziehende Gewalt schafft, zumal letzterer im Materiellen wie bezüglich der Formgerechtigkeit ihrer Verrichtungen nie eine Unabhängigkeit von der richtenden Gewalt und deren Entscheidung beigelegt werden kann.

Aus diesen eben angegebenen Gründen ergiebt sich aber auch mit Nothwendigkeit unter allen Umständen aus dieser Trennung ein Verschleif und vermehrter Kostenaufwand, eben weil alsdann eine des wahren Zusammenhangs des Urtheils mit seiner Grundlage, so wie der Rechte im Ganzen weniger kundige andere Person die Hülfsvollstreckung ohne Einwirkung des Richters durchführt und hieraus die Veranlassung zu vermehrten Colli-

sionen sich ergiebt. Schon diese Lostrennung der Urtheilsvollstreckung von demjenigen Richter, welcher die Verhandlung bisher leitete und das Urtheil fällte, an und für sich allein muß Verzögerungen und größere Kostspieligkeit wie Belästigung der Parteien erzeugen, welche nun einen weiteren, mit der Sache unbekannten Beamten anzugehen, bei diesem neue umfassende Anträge zu stellen haben, die sich nicht einfach auf das Gesuch um Vollstreckung beschränken können.

Ein großer und erheblichen Bedenken Raum gebender Mißgriff scheint mir aber darin zu beruhen, wenn man den Schlußact des gerichtlichen Verfahrens von der richterlichen Function lostrennt, und den Beamten überweist, welche hierin nur der die Stelle der Staatsregierung bei den Gerichten vertretenden Staatsprocuratur, und den Gerichten nicht als Gerichten, sondern nur als vorgesetzten Collegien unterworfen, daher als der aufsehenden Staatsgewalt, der Staatsregierung, untergebene, den Gerichten gegenüber in dem Inneren ihrer Thätigkeit selbstständige, Vollstreckungsrichter zu betrachten sind. Was hilft die Partei das richterliche Urtheil, wenn es nicht rasch und nach seinem wahren Inhalte vollstreckt wird?

Die Vollstreckung ist ja der Punkt, auf welchen das ganze Verfahren hinzielt.

Treffend sagt schon der römische Jurist Paulus: „jurisdictio sine modica coercitione nulla est.“ Können hier nicht höchst nachtheilige Rücksichten der Verwaltung störend einwirken? ist es nicht höchst bedenklich, gerade das Herbeiführen des Zieles und endlichen Zwecks der gerichtlichen Verhandlung den Gerichten zu entziehen, und Beamten zu übertragen, die nicht von den Gerichten als Gerichten, sondern von dem Justizministerium abhängen? Die volle Verwirklichung der Unabhängigkeit der Justiz von den Einwirkungen der Regierung in das Innere wie in den gesetzmäßigen Gang der Rechtspflege duldet eine solche Trennung der Urtheilsvollstreckung von der unmittelbaren Anordnung und Direction des Richteramts nicht.

Eine Sache, welche in der Einleitung und in der Entscheidung eine Justizsache ist, behält diese Eigenschaft bis zu ihrer vollendeten Beseitigung, folglich auch in der Executionsinstanz; die in Frage stehenden Rechte behalten in allen Abschnitten des Verfahrens ihren Charakter, die Grundlage für ihre Beurtheilung bleibt unverändert dieselbe, das ganze Hülfsvollstreckungsverfahren ruht auf den Grundsätzen und Vorschriften des Civilrechts, und bewegt sich innerhalb der solches beherrschenden Vorschriften des Civilrechts, alle dabei eintretenden Collisionen müssen wieder nach den Bestimmungen des Civilrechts und zwar von demselben Richter entschieden werden, und es ist also nirgends ein Grund weder der systematischen Ordnung noch der Zweckmäßigkeit zu erkennen, welcher die Lostrennung der Vollstreckung der gefällten Urtheile von der richterlichen Gewalt rechtfertigen könnte. In keinem andern Zweige der Staatsverwaltung finden wir auch diesen hier bekämpften Grundsatz zur Anwendung gebracht. Die Justizverwaltung im Ganzen bildet an und für sich einen Zweig der vollziehenden Staatsgewalt, mit der Function der Entscheidung hängt in allen Zweigen der Staatsverwaltung auch die Einleitung und Direction der erforderlichen vorbereitenden Verhandlungen, so wie die Anordnung und Ueberwachung des Vollzugs der gefaßten Beschlüsse und gegebenen Entscheidungen zusammen, nirgends besteht neben der entscheidenden eine von ihr unabhängige vollstreckende Gewalt.

Die bisherige deutschrechtliche Einrichtung hat sich auch, so weit die Erfahrung reicht, was den Grundsatz selbst betrifft, und abgesehen von dem sehr fühlbaren Mangel gehörig geeigenschafteter, mit der erforderlichen ausgedehnten Amtsgewalt ausgestatteter, den unmittelbaren Befehlen der Gerichte untergebener besonderer Vollstreckungsbeamten als vollkommen sachgemäß bewährt, eben weil sie der Natur der Sache entspricht, weil sie die einfachste und die Parteien am wenigsten belästigende ist.

Die französisch rechtliche Idee einer Beschränkung des Richteramts auf die Function des Rechtsprechens ist demnach eine

practisch unbrauchbare, in der Ausführung zu Inconsequenzen und Unzuträglichkeiten führende, eben weil das Rechtsprechen kein für sich isolirter Act, sondern ein Theil eines zusammenhängenden Ganzen, und das Rechtsprechen nicht das endliche Ziel der Anrufung des Richteramts ist, sondern die wirkliche Realisirung des zugesprochenen Rechts, und weil die Vollstreckung des Urtheils gerade die wesentlichste Bedeutung desselben enthält, mit demselben so wesentlich als ein Theil desselben zusammenhängt, daß das Urtheil ohne Vollstreckung ein leerer unnützer Buchstabe, eine Urtheilsvollziehung aber durch ein gesprochenes Urtheil bedingt ist.

Ob dem Richter durch die Lostrennung der Vollstreckung von seiner Function eine Erleichterung gewährt wird, ist an und für sich schon unerheblich, indem eine Erleichterung nie zum Nachtheile der systematischen Ordnung oder des Zwecks herbeigeführt werden darf, es ist dieß aber auch in der weiteren Hinsicht bedeutungslos, weil durch diese Einrichtung nicht eine Geschäftserleichterung und Abkürzung der Sache nach herbeigeführt, sondern nur eine richterliche Function auf einen anderen Beamten übertragen wird.

Der Besorgniß, daß aus der Vereinigung der Urtheilsfällung und der Urtheilsvollziehung in derselben Person leichter die Veranlassung zu Befangenheit des Richters oder zu Mißbrauch der Amtsgewalt sich ergeben könne, ermangelt es eben so an allem und jedem Grunde, wie der bisweilen zu vernehmenden Ansicht, daß die Vereinigung der Urtheilsvollstreckung mit dem Richteramte dessen Würde und Stellung widerstrebe. Bei der Urtheilsvollziehung ist überhaupt, abgesehen von etwaiger Verzögerung, welcher durch die Gesetzgebung, sowie durch dienstreglementaire Vorschriften vorgebeugt werden kann, bei dem vollziehenden Beamten nicht wohl, am wenigsten aber bei dem Richter, ein erheblicher, die Verwirklichung des Rechts selbst berührender Mißbrauch der Amtsgewalt, oder eine Befangenheit, oder eine Begünstigung einer Partei zu befürchten, indem die Urtheilsvollstreckung ganz nach

den Bestimmungen des ergangenen Urtheils erfolgen, also auf einer präcis und fest bestimmten Grundlage ruhen muß, die Bestimmungen des Urtheils hier absolut maaßgebend, einer von dem Inhalte abweichenden mißbräuchlichen Vollstreckung nicht leicht fähig sind, die von der Auffassung und Auslegung des Inhalts der Urtheile ganz unabhängige Form des Verfahrens aber, sowie die Ordnung und Reihefolge im Angriffe des Vermögens des Besiegten durch die Gesetze über das Hülfsvollstreckungsverfahren genau und so deutlich bestimmt werden können und sollen, daß hier eine Rechtsverletzung sich nicht leicht zutragen kann, wenigstens nicht eine solche, welche den Parteien nicht auf der Stelle offenbar und klar vor Augen liegt. Weit mehr Grund liegt zur Besorgniß einer Pflichtverletzung und Mißbrauchs der Amtsgewalt bei der Urtheilsfällung vor, weil der Richter durch sein Urtheil erst das im concreten Falle unter den Parteien bestrittene Recht feststellt, hier also zu einer Beugung des Rechts und Mißbrauch der Amtsgewalt weit mehr Veranlassung und nur allein die Möglichkeit vorliegt, solche auch viel leichter erfolgen kann, und viel schwerer wahrzunehmen und zu beseitigen ist. Durch die Ausscheidung der Urtheilsvollziehung aus der Sphäre des Richteramts und Uebertragung derselben an einen besonderen selbstständigen Urtheilsvollzieher — Einzelbeamten — kann aber in keiner Beziehung die Besorgniß etwaigen Mißbrauchs der Amtsgewalt gemindert und eben so wenig eine größere Garantie oder irgend eine Controle für Pflichttreue und Gesetzmäßigkeit bei der Urtheilsfällung, sowie bei der Urtheilsvollziehung geschaffen werden.

Der selbstständige, von dem Richter unabhängige Urtheilsvollzieher ist in seiner isolirten Stellung rücksichtlich seines gesetzmäßigen Handelns nicht mehr controlirt, ja viel weniger, wie der nach unmittelbarem Befehle des Richters handelnde, von dem Richter überwachte Urtheilsvollzieher, die Abhülfe gegen Mißbrauch des Letzteren im Wege der Beschwerde ist nicht mehr, im Gegentheile weniger erschwert, wie gegen Pflichtwidrigkeiten

des Ersteren. Beschwerden einer Partei über formwidriges oder im Materiellen der Behandlung gesetzwidriges Verfahren bei der Urtheilsvollstreckung können in jedem Falle bei keiner anderen Behörde vorgebracht und entschieden werden, als bei demjenigen Richter, welcher das Urtheil gegeben hat, über dessen Vollstreckung Beschwerde erhoben wird, und es beherrscht also der Richter, welcher das zu vollziehende Urtheil erläßt, auch in dem Falle, wenn dessen Vollstreckung einem besonderen, nicht nach seinem jedesmaligen unmittelbaren Auftrage und Befehle handelnden selbstständigen Beamten durch die Gerichtsverfassung übertragen ist, dennoch mittelbar in seinem verfassungsmäßigen Rechte der Prüfung und Entscheidung über die gegen das Verfahren des Vollstreckungsbeamten erhoben werdenden Beschwerden und Einwendungen die Thätigkeit und das Handeln des Urtheilsvollziehers in der Formgerechtigkeit nicht nur, sondern auch in der materiellen Gesetzmäßigkeit, und folglich die Urtheilsvollziehung selbst in deren Harmonie mit dem wahren Sinne der richterlichen Entscheidung und mit den Anordnungen der Gesetze. Eine Beugung des Rechts und eine Gesetzwidrigkeit ist eben so gut in der Connivenz des Richters bei vor ihm erhobenen Beschwerden gegen den nicht nach seinen unmittelbaren Befehlen handelnden Urtheilsvollzieher möglich, wie in der unmittelbaren Anordnung und Ueberwachung der Urtheilsvollziehung durch einen von ihm abhängigen Beamten. Die Vereinigung der Urtheilsfällung und der Anordnung und Direction der Urtheilsvollziehung in der Person des Richters gewährt endlich auch für diesen keine denkbare besondere Veranlassung oder Erleichterung des Mißbrauchs der Amtsgewalt oder einer Verletzung, im Gegentheile von demjenigen Richter, welcher bei der Urtheilsfällung redlich und gerecht handelte, ist mit dem meisten Grunde auch Gerechtigkeit in der Vollstreckung seines Urtheils zu erwarten; ist der Richter aber bei der Urtheilsfällung von dem Pfade der Gerechtigkeit abgewichen, so kann der von ihm unabhängige Urtheilsvollzieher bei der Vollstreckung des Urtheils die geschehene Verfehlung nicht wieder gut machen.

Indem ich in vorstehender Darstellung den Grundsatz der französischen Gesetzgebung, nach welchem sie die Urtheilsvollziehung aus dem Wirkungskreise des Richteramts ausgeschieden hat, bekämpft und dem Richteramte als wesentlichen Theil seines Wirkens die Anordnung und Direction der Urtheilsvollziehung vindicirt habe, verlange ich, wie sich von selbst versteht, nicht die unmittelbare Urtheilsvollziehung durch den Richter, sondern ich verlange, daß die Vollziehung der Urtheile besonderen Beamten übertragen werde, welche indeß als untergeordnete Organe der Gerichte erscheinen, deren Thätigkeit durch jedesmaligen Auftrag des entscheidenden Gerichts hervorgerufen und deren Thätigkeit im Inneren und Aeußeren durch eine umfassende und klare Executionsordnung und Dienstinstruction in der gesetzlichen Bahn erhalten, geleitet und durch das vorgesetzte Gericht als Organ des Gesetzes überwacht und beherrscht wird, daß also die Partei auch von dem Richter die Verwirklichung ihres Rechts in der äußeren Vollstreckung zu suchen und zu erwarten hat, die volle Unabhängigkeit der Justiz von der höchsten Staatsgewalt auch in der Vollstreckung der Urtheile ihre Geltung behalte. Das Richteramt in seiner Gesammtfunction ist ein Organ der vollziehenden Staatsgewalt, aber ein mit einer ungewöhnlichen und besonderen Unabhängigkeit ausgestattetes, und darum kann ich keinen practisch haltbaren Grund dafür erkennen, im Gegentheil ich finde es bedenklich, die rasche und sichere Urtheilsvollziehung gefährdend, wenn solche in der Anordnung und Direction dem Richteramte entzogen wird. In der preußischen Rheinprovinz ist in einem daselbst am 1. August 1822 ergangenen Gesetze die Urtheilsvollziehung wieder unter die Direction und Leitung der Gerichte gestellt und bestimmt worden, daß die Friedensrichter als beständige Commissarien der Landgerichte das Subhastationsverfahren leiten sollen, und es wird durch die vorgeschriebene vollständige, vom Friedensrichter aufzunehmende Verhandlung eine sichere gesetzmäßige Grundlage dem ganzen Ver-

fahren gegeben [4]). Nach dem zuvor Ausgeführten scheinen mir nicht allein alle und jede Gründe für eine Lostrennung der Urtheilsvollziehung von der unmittelbaren Anordnung und Ueberwachung des Richteramts zu ermangeln, sondern es erscheint mir eine solche Anordnung auch als dem wissenschaftlichen Begriffe der Gerichtsbarkeit zuwider, die Zwecke der Rechtspflege hemmend, die Justiz in ihrer Selbstständigkeit und Unabhängigkeit beeinträchtigend, die Parteien ohne Grund und Zweck mit vermehrten Mühen, vermehrtem Zeit- und Kostenaufwande belästigend, überhaupt von dem allgemeinen Systeme der Staatsverwaltung abweichend, darum durchaus verwerflich.

---

[4]) Archiv für civil. Praxis Bd. VI. S. 4.

XI.

Die Prästation der Legate in Doppeltestamenten.

Von

Herrn Dr. Huschke, geheimen Justizrathe und Professor
in Breslau.

Es gibt im ganzen römischen Rechte kaum eine schwierigere Lehre, als die von der Prästation der Legate, welche in einem Doppeltestamente dem Pupillen, dem Substituten oder beiden auferlegt sind. Schon die römischen Juristen stritten über die Beurtheilung einzelner Fälle; die Schwierigkeit der einschlagenden Stellen führte frühzeitig Textescorruptelen herbei; diese vermehrten noch die Schwierigkeit der Einsicht in die Grundprincipien und oft corrumpirten die späteren Erklärer da, wo die handschriftliche Lesart allein auf die Erkenntniß der Wahrheit führt. So liegt die Materie noch bis jetzt in einer völligen Verwirrung vor uns.

In seiner verdienstvollen Abhandlung über die Berechnung der quarta Falcidia, wenn ein und dieselbe Person mehrere Portionen derselben Erbschaft erhält, hat v. d. Pfordten (Abh. aus dem Pand. Rechte No. I.) auch einen großen Theil der hier

einschlagenden Frage behandelt, aber ohne die richtige Beantwortung wesentlich zu fördern.

Wir werden im Folgenden zuerst die allgemeinen Grundsätze festzustellen suchen, darauf die für den Erwerb dieser Legate sich ergebenden Folgerungen darstellen, dann von dem Einflusse des prätorischen Rechts, namentlich durch die c. t. b. p. und das jus abstinendi sprechen, und endlich die Berechnung der Falcidia in den Fällen, wo dem Pupillarsubstituten als solchen mehrere Erbportionen zufallen, untersuchen.

I. Allgemeine Grundsätze.

Versetzen wir uns in die Zeit der aufblühenden Rechtswissenschaft der Römer, so kam die Natur der Legate in einem Doppeltestamente bei weitem am häufigsten in der Lehre von dem Abzuge des falcidischen Viertels zur Sprache und dieses rechtfertigt es wohl, wenn wir auch von da aus unsere Untersuchung beginnen: wobei wir übrigens keineswegs verkennen, daß die Grundprincipien der ganzen Materie schon im alten Civilrecht practisch feststanden.

Die Lex Falcidia hatte mit ihrer den Luxus der Legate beschränkenden Vorschrift sich an den Testator selbst gewandt. Dieser sollte das Recht haben, so viel er wollte, einem römischen Bürger zu legiren, dum ita detur legatum, ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant [L. 1 pr. D. ad leg. Falcid. (35, 2.)]. Nicht also mehr bloß das capere legatum über das bestimmte Maaß hinaus, wie nach der Lex Furia und Voconia, sondern schon das dare legatum ultra dodrantem war nun die verbotene Handlung und darum das Mehrlegirte — bestimmt nach der Zeit des capere hereditatem, d. h. des Todes des Erblassers, als auf welche der Erbschaftserwerb bekanntlich zurückbezogen werden muß [L. 138. pr. L. 193. D. de reg. jur. (50, 17.) L. 54. D. de acquir. hered. (29, 2.)] — ipso jure nichtig.

Wie nun aber im Fall eines Doppeltestaments, d. h. wenn

der Testator sich und seinem nachgelassenen Pupillen Erben ernannt hat? Dafür gewann die römische Jurisprudenz frühzeitig zwei wichtige Grundsätze. Der eine war: Der Testator kann zwar nicht bloß seinem eingesetzten Pupillen, sondern auch dem Pupillarsubstituten Legate auflegen, aber doch stets nur, wiewohl auch mit vollem Recht, de suo legare, so daß die letzteren Legate nur als von einem bedingt eingesetzten Erben des Vaters hinterlassen zu betrachten sind. Daraus folgt, daß die dem Substituten aufgelegten Legate nur gelten, wenn und insoweit er in die väterliche Erbschaft succedirt, deren Betrag sich wieder nach dem Zeitpunct des Todes des Vaters bestimmt, mithin das anderweit erworbene Vermögen des Pupillen, in welches der Substitut als solcher zugleich nachfolgt, eben sowohl, wie die Verminderungen des väterlichen Vermögens beim Pupillen, für die Frage, wie weit er zu den ihm aufgelegten Legaten verpflichtet sey, außer Rechnung bleiben und daß der Substitut eines vom Vater enterbten Pupillen als solcher, d. h. wenn er nicht etwa zugleich vom Vater zum Erben eingesetzt ist, gar nicht mit Legaten belegt werden könne. L. 10. L. 11. §§. 5. 8. D. ad leg. Falcid. (35, 2.). L. 92. §. 2. L. 93. 94. pr. D. de leg. 1. L. 42. D. de vulg. substit. (28, 6.). L. 24. C. de legat. (6, 37.). Der zweite Satz: Die dem Pupillen und dem Pupillarsubstituten aufgelegten Legate sind für die Frage, in wie weit sie das gesetzliche Maaß nicht überschreiten, zusammen zu rechnen, oder, wie man es noch umfassender ausdrückt: in tabulis patris et filii unam servari Falcidiam, d. h. mag bloß vom Pupillen oder bloß vom Substituten oder von beiden zugleich legirt seyn — immer werden diese Legate wie Eine Art von Legaten — die letzteren nur als bedingte, vom Eintritt des Substitutus abhängige — der väterlichen Erbschaft gegenüber angesehen, von denen zusammengenommen der Pupill oder der Substitut nur einmal die falcidische Quart berechnen darf. L. 1. §. 12. L. 11. §. 5. L. 31. L. 79. D. ad leg. Falcid. (35, 2.).

Von beiden Sätzen ist nun besonders genauer zu handeln.

Der erste Satz.

Diesen scheint Pfordten (S. 40) etwas oberflächlich auf folgende Weise abzuleiten: Die Beerbung sey ein allgemeins Bedürfniß der Rechtsordnung, die Anordnung der Legate niemals; wie es daher nur eine gesetzliche Erbfolge, nicht auch gesetzliche Legate gebe, so habe das Gesetz, als es das Bedürfniß fühlte, dem Vater das Testiren für sein Kind zu erlauben, diese Erlaubniß auf die Berufung eines Erben beschränkt. Mit Grund wird man dagegen einwenden: wenn man dem Vater nach dem Satze uti legassit, ita jus esto, einmal auch das Recht des Testirens für den unmündigen suus einräumte, so erscheint eine Beschränkung dieses Rechts auf die Erbeseinsetzung um so willkürlicher, als das legare gerade die legata hauptsächlich betrifft.

Der wahre Grund ist vielmehr folgender: Erbeseinsetzung und Legat setzen gleichmäßig voraus, daß das, worüber der Testator damit verfügt, das Seinige sey [uti legassit super familia pecunia tutelave s u a e rei, ita jus esto, — L. 120. D. de verb. sign. (50, 16.)]; es ist aber dort seine vermögensfähige (dem Sächlichen zugewandte) P e r s o n selbst (familia), hier dagegen e t w a s S ä c h l i c h e s v o n s e i n e m V e r m ö g e n (pecunia — legatum deminutio hereditatis), was er auf den Berufenen überträgt. Das Recht der Pupillarsubstitution beruht nun auf der Personeneinheit des Vaters mit seinem Sohne, in welcher die Berechtigung des Vaters, für die Person des Kindes mit zu wollen, bis zur Erlangung der Pubertät noch fortdauert, wie sich aus seinem Recht, ihm für diese Zeit auch einen, den Vater für die Handlungsfähigkeit gleichsam vertretenden Tutor zu setzen, ergiebt. Hiernach kann er nämlich für den Fall, daß das Kind innerhalb der Pubertät stirbt, ihm nach der Erbesernennung für sich selbst auch einen Erben ernennen, indem er damit nur wieder sich selbst, wie er noch in dem Kinde ist und will, einen Erben giebt (Cic. de invent. 2, 21.). Eben deshalb ist es gleichgültig, ob er das Kind zum Erben eingesetzt oder enterbt hat; denn die Erbesberufung ist ihrem Wesen nach nur die sich auf den

Berufenen übertragende Person als Vermögenfähigkeit. Eben deshalb ist auch das Testament mit einer Pupillarsubstitution nach der richtigen Ansicht der Sabinianer in Wahrheit nur unum testamentum, wiewohl duarum hereditatum [Gaj. 2, 180. §. 2. J. de pupill. subst. (2, 16.)] — nur Eine Person überträgt sich durch Institution und Substitution, aber in zwei verschiedenen Erbschaften. [Denn hinsichtlich der letzteren kann man allerdings nicht sagen, daß die des Pupillen schon dem Vater gehört habe; — L. 28. fin. D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5.); Cic. l. c. und es ist vollkommen wahr, daß non suis bonis testator substituit sed impuberis. L. 10. §. 5. D. de vulg. et pup. subst. (28, 6.)]. Daher ist auch die gewöhnlichere und gewiß ältere Formel der Pupillarsubstitution, daß der Vater den Substituten des Sohnes zu seinem Erben ernennt (si filius intra pubertatem decesserit, Titius mihi heres esto), Cic. de orat. 2, 32. de invent. (2, 21.) L. 1. §. 1. L. 31. pr. L. 38. §. 1. L. 41. §. 8. D. de vulg. et pup. (28, 6.). L. 8. §. 1. D. de b. p. s. t. (37, 11.), obgleich auch die andere, worin er ihn zum Erben des Sohnes ernennt, vorkommt, die auch insofern richtiger ist, als der Substitut in dessen Erbschaft Erbe wird[1]. L. 3. L. 8. §. 1. D. de

[1] Diese, so zu sagen, größere äußere Richtigkeit (denn heres ist der, der eine hereditas erhält und nur in ihr ist er eben heres, mithin auch heres des Erblassers dieser Erbschaft) hat die späteren Juristen bewogen, den Ausdruck patri heres fit auf den : eum etiam heredem testatoris esse zu beschränken, L. 46. D. de vulg. et pup. (28, 6.) oder ihn ganz zu verwerfen, da in der That, wenn man nicht hinzufügt : in hereditate pupilli, ganz falsche Folgerungen daraus gezogen werden könnten, die ältere Substitutionsformel mihi heres esto für eine eigentlich unrichtige zu erklären, in der das Wörtchen mihi nur eben so, wie der auch eigentlich der Vulgarsubstitution angehörige Zusatz in locum partemve ejus für nicht geschrieben zu erachten sey (dieses ist der richtige Sinn von L. 41. §. 8. D. de vulg. et pup. subst.), statt derselben die Normalsubstitutionsformel heres esto (ohne mihi und filio) als die unverfänglichste in Gang zu bringen [Gaj. 2, 179. 180. Ulp. 23, 7. pr. J. de

vulg. et pup. subst. (28, 6.). Ueberhaupt müssen wir sagen, daß überall, wo nicht die persönliche, sondern die sächliche Seite, nicht das initium voluntatis, sondern der effectus capionis der letztwilligen Anordnungen entscheidet, also bei allen Instituten des materiellen, spätern Rechts, diese letztere Ansicht Platz greifen

---

pupill. subst. 2, 16. L. 2. §. 5. 6. L. 8. pr. L. 21. L. 31. §. 1. L. 38. §. 2. L. 39. §. 2. L. 43. §. 1. D. de vulg. et pup. subst. (28, 6.)], wogegen man bei der Vulgarsubstitution das mihi regelmäßig beibehielt, und zur Begründung der Rechtssätze, welche darauf beruhen, daß der Substitut persönlich in der That nur der secundus patris heres ist, sich lieber der Ausdrucksweise zu bedienen: 'perinde ac si heres patri exstitisset u. dgl. L. 11. §. 6. L. 87. §. 8. D. ad leg. Falc. (35, 2.) L. 41. §. 6. D. de vulg. et pup. subst. (28, 6.). L. 7. §. 5. D. de liber. leg. (34, 3.). Die Sache nahm also eine ganz ähnliche Wendung, wie in der Materie von der usucapio pro herede, wo man auch den Ausdruck ipsa hereditas usucapitur mit den von den Aeltern daraus gezogenen falschen Folgerungen verließ, den richtigeren res hereditariae usucapiuntur substituirte; darüber aber doch nicht vergaß, daß die Erbschaft in ihnen, folglich anno und ohne das Erforderniß der bona fides, usucapirt werde. Gaj. 2, 52 seqq. In unserer Materie haben die Neuern früherhin über der Wahrheit, daß der Substitut des Sohnes Erbe wird, die, daß er nur in dessen Erbschaft des Vaters Erbe wird, meist aus den Augen verloren. In der neuern Zeit, wie es scheint, seit der Abh. von Gust. Al. Frank de orig. et natura vulg. ac pup. subst. Jen. 1829. ist man eher in den umgekehrten Fehler verfallen. Vgl. besonders W. Francke Notherbenrecht S. 458 flg.; v. Vangerow Leitfaden zu Pand. Vorl. §. 452. Bd. 3. S. 177. Man unterscheidet nehmlich nicht zwischen der subjectiv persönlichen und der objectiv sächlichen Seite dieser Erbfolge, auf welchen Unterschied eben Alles ankommt, und meint, im alten Recht wäre der Substitut auch nach der sächlichen Seite als Erbe des Vaters betrachtet worden, woraus auch wieder viele Irrthümer folgen müssen, z. B. die Annahme, daß in älterer Zeit der Vater nicht auch einem enterbten Kinde habe substituiren können und — wenn man consequent wäre — auch die, daß er ehemals auch aus des Pupillen eigenem Vermögen hätte Vermächtnisse errichten können. Gleichwohl hat man aber doch wieder in vielen Fällen, wo die ältere Auffassung anzuwenden war, sie nicht zur Anwendung gebracht.

muß. So für die Frage von der Anfechtbarkeit der Pupillarsubstitution durch die querela inofficiosi testamenti [L. 8. §. 5. D. de inoffic. test. (5, 2.)], von der Capacität der im Pupillartestament bedachten Personen [L. 6. 11. D. de vulg. et pup. subst. (28, 6.)], von der Indignität wegen nicht erbetenen Tutors [L. 10. C. de legit. hered. (6, 58.)], bei denen es also auf das Verhältniß zum Pupillen und dessen Erbschaft ankommt. Anders aber für die auf dem alten Civilrecht beruhende Erbeseinsetzung (die Substitution selbst) und Legate. Wenn insbesondere das Legiren seinem Begriffe nach nur möglich ist als eine Entziehung von dem Erben und von dem Vermögen des Testators und das Vermögen des Pupillen nicht auch so mit dem des Testators — außer so weit es eben in dessen Erbschaft besteht — eins ist, wie dessen Person mit der des Testators, so folgt von selbst, daß dieser zwar auch dem Substituten Legate auflegen kann; denn weil derselbe persönlich, d. h. hinsichtlich des Testaments — des Willens des Testators — sein, des Vaters, Erbe ist, so liegt darin kein nichtiges ab herede heredis legare (Gaj. 2, 232; Ulp. 24, 16.); daß es aber zugleich nur möglich ist von dem väterlichen Vermögen und folglich auch nach dem Stande desselben zur Zeit des Todes des Vaters ohne alle Rücksicht auf den Pupillen; denn nach dem Tode des Pupillen konnte man es bloß als dessen Vermögen beurtheilen.

Es war freilich unter den römischen Juristen bestritten, ob der Vater nicht auch von dem seinem enterbten unmündigen Sohne gegebenen Substituten Legate und Fideicommisse wenigstens dann hinterlassen könne, wenn er dem Enterbten etwas legirt hätte, L. 24. C. de legat. (6, 37.): Diejenigen, welche die bejahende Meinung vertheidigten, können dieses kaum anders gethan haben, als indem sie zugleich annahmen, auch das Vermögen des Pupillen gehöre dem Vater vermöge der Personeneinheit, die dem Willen nach bis zur Pubertät fortdauere, so daß er darüber als über das Seinige verfügen könne, und daraus folgte denn weiter, daß der Vater, auch wenn er den Unmündigen zum Erben ein-

gesetzt habe, dem Substituten von seinem und des Unmündigen Vermögen Vermächtnisse auflegen könne. Aber der Satz selbst, daß das anderwärtsher erworbene Vermögen des Pupillen dem Vater gehöre, ist falsch und nur aus einer Verwechselung der wollenden Vermögensfähigkeit, in welche zunächst der Erbe eingesetzt wird, mit dem Vermögen, wovon legirt wird, entstanden. Mit Recht hat also Justinian jene Ansicht verworfen, auch hinsichtlich der Fideicommisse, wenn dem Enterbten ein Legat hinterlassen war, weil dieses, als bloßer Einzelerwerb, gleichfalls nur als eine adventitia pecunia angesehen werden kann — worauf wir noch später zurückkommen.

Die practische Bedeutung des Satzes pater de suo legat, ist nun, wie schon vorläufig bemerkt wurde, eine doppelte: daß nur das vom Vater dem eingesetzten Pupillen hinterlassene Vermögen ohne Rücksicht auf die erst nach dem Tode des Vaters beim Pupillen eingetretenen Vermehrungen oder Verringerungen über den Umfang der Legatenprästation des Pupillen und Substituten entscheidet, und daß, wenn der Pupill enterbt ist, ihm und dem Substituten überhaupt kein Vermächtniß gültig aufgelegt werden kann.—Zweierlei ist aber noch näher zu bestimmen, A. was als hinterlassenes suum des Vaters, was als anderweit erworbenes Vermögen des Pupillen zu betrachten sey; B. in wie weit die erst nach dem Tode des Vaters beim Pupillen eingetretenen Vermehrungen oder Verminderungen, mit welchen das väterliche Vermögen an den Substituten gelangt, für dessen Vermächtnißverpflichtung ohne Einfluß sind.

A. Die erste Frage interessirt uns nur, insoweit von Vermächtnissen des Doppeltestaments als solchen die Rede ist. Es versteht sich also von selbst, daß der Pupill für sich betrachtet die ihm aufgelegten Vermächtnisse nach den gewöhnlichen Regeln prästirt, daß z. B., wenn er auch enterbt ist, ihm mit Rücksicht darauf, ein Fideicommiß auferlegt werden kann. L. 41. §. 3. D. de vulg. et pup. subst. (28, 6.). Dasselbe gilt auch für den

selbst bedachten Substituten[2]). Wäre dieser einem enterbten Pupillen substituirt, aber zugleich ein vom Vater eingesetzter Erbe, so würde er auch ein im zweiten Testament angeordnetes Legat zwar nicht als Substitut, aber als eingesetzter Erbe prästiren müssen, indem die Errichtung im zweiten Testament einer Hinterlassung im ersten unter der Bedingung, daß er als Substitut Erbe des Pupillen werden würde, vollkommen gleichsteht. Deshalb und also aus einem ganz andern Grunde, als wegen der Regel in patris et filii tabulis una Falcidia, würden auch, wenn ihm zugleich im ersten Testamente Legate aufgelegt wären, mit diesen die im zweiten errichteten beim Abzuge der Falcidia zusammengerechnet werden müssen. L. 11. §. ult. D. ad leg. Falcid. (35, 2.) Papinian: Si quis exheredato filio substituit heredem institutum et ab eo tabulis quoque secundis legaverit, necessario ratio confundetur, cum ideo legata valere dixerit Julianus a substituto relicta, quod idem patri heres exstiterit. Mit dem Wort necessario will Papinian sagen, daß hier ja bloß Eine Portion vorhanden ist, von welcher alle Legate hinterlassen sind und daher auch die Falcidia für alle nur berechnet werden kann[3]). Denn natürlich kann ihm das Vermögen des enterbten Pupillen nicht in die Quart vom Vermögen des Erblassers eingerechnet werden, da er es nicht als Erbe von der Erbschaft des Testators, sondern anderwärts her erhält.

L. 10. D. eod. PAPINIANUS lib. 20 Quaestionum. — Quod supra quadrantem heredem potest pervenire, supra do-

[2]) Desgleichen, hinsichtlich der Fideicommisse, von dem Intestaterben des Pupillen nach dem Princip der L. 1. §. 6. D. de leg. 3. Ihm kann, wenn der Pupill enterbt, sein Intestaterbe aber vom Vater zum Erben eingesetzt oder ein Legat hinterlassen ist, ein Fideicommiß gültig aufgelegt werden. L. 92. §. ult. L. 93. L. 94. pr. D. de leg. 1. Vgl. L. 126. pr. D. eod.

[3]) v. d. Pfordten S. 69 flg. erklärt die Stelle zwar in der Hauptsache richtig, mischt aber hier L. 87. §. 7. D. de eod. als von demselben Falle handelnd ein, während sie den umgekehrten betrifft.

drantem in pecuniam legatum non onerat heredem: veluti hereditas pupilli, si forte substitutus sit exheredato, qui (nämlich substitutus) patri pupilli heres exstitit.

Wir rücken diese Stelle aus, weil sie offenbar verderbt ist, nicht bloß in dem Wort legatum, welches schon Cujacius (Obs. 4, 36. und ad h. l. Opp. T. IV. p. 542. vgl. Pfordten S. 68) in legatam verbessert hat, sondern auch in dem florentinischen apud, statt dessen Haloander und die gewöhnlichen HSS. ad lesen; denn man sagt nicht bloß nicht pervenit apud aliquem, sondern es ist auch unrichtig, daß, was über ein Viertel der Erbschaft an den Erben gelangt — wobei man ohne weitere Hinzufügung doch denken muß: aus der Erbschaft — ihn nicht zur Verwendung von mehr als drei Viertel auf die Legate verpflichte. Ohne Zweifel ist apud aus aliud entstanden, hat dann in einer Familie von Handschriften ad verdrängt, während andere Abschreiber apud wegließen, und weiterhin auch die Veränderung legatum möglich gemacht, indem man nun Quod in der Bedeutung von quia nehmen konnte, wie es auch die Glosse nimmt. Es ist also zu lesen: Quod supra quadrantem aliud ad heredem potest pervenire etc., d. h. anderartige (im Verhältniß zum quadrans, also nicht hereditario jure, aus der Erbschaft an ihn gelangende) Erwerbe, welche der eingesetzte Erbe noch über das Viertheil seiner Erbportion hinaus machen kann, verpflichten ihn nicht zur Leistung der Legate über drei Viertheile der Erbportion hinaus, z. B. die Erbschaft eines enterbten Pupillen, dem er vom Testator substituirt ist.

Dem Doppeltestament eigenthümliche Legate sind nun die dem Pupillarsubstituten als solchem aufgelegten, mögen darüber auch vom Pupillen welche hinterlassen seyn oder nicht, und dafür gilt nun die aus der gegebenen Begründung dieses Rechts unmittelbar folgende Regel, daß nur die väterliche Erbschaft, insoweit sie an ihn als Erben des Vaters gelangte, d. h. kraft der Substitution als eine beim Pupillen noch durch den väterlichen

Willen getragene ihm mit deſſen Tode zugeführt wird, ihn zu ſolchen Vermächtniſſen verpflichtet; folglich einerſeits nicht ein bloßes Vermächtniß des Vaters an den Pupillen, andererſeits aber auch nicht die väterliche Erbſchaft, wenn der Subſtitut ſie zwar in Folge der Subſtitution, aber nicht als Erbe des Vaters, ſondern als Erbe des Pupillen, der ſie ſelbſt nicht durch den Willen ſeines Vaters, ſondern durch anderweitige Beerbung eines Erben des Vaters erhalten hat, erwirbt.

Auf den letzteren Fall allein beziehen ſich zwei Stellen Papinian's, L. 42. D. de vulg. et pup. subst. (28, 6) und L. 14. §. 3. D. ad leg. Falcid. (35, 2), von denen wir die erſtere beſonders hervorheben, weil ſie bisher nicht vollkommen richtig verſtanden iſt.

> Papinianus lib. 1. Definitionum. — Qui duos impuberes filios heredes relinquerat, ita substituit : si ambo mortui essent : deinde pueri post mortem patris simul perierunt. Duae hereditates substituto deferuntur. Sed si diversis temporibus vita decedunt, in hereditate novissimi pueri ejus fratris, qui ante mortuus est, hereditatem substitutus inveniet. Sed in ratione Falcidiae pueri prioris hereditas non veniet : nec substitutus amplius quam sescunciam jure testamenti desiderabit : legata quoque, quae a substituto ejus filii data sunt, qui prior intestato decessit, ad irritum recidunt.

Gewöhnlich behandelt man und ſo auch Pfordten S. 94 flg. den in dieſer Stelle angenommenen Fall der Subſtitution für zwei eingeſetzte Unmündige : si ambo mortui essent, als demjenigen völlig gleichſtehend, wo dem zuletzt geſtorbenen derſelben ſubſtituirt iſt. Aber mit Unrecht. Man muß nämlich überhaupt drei Fälle unterſcheiden. 1) Die Subſtitution quisquis eorum mortuus erit : alsdann beerbt der Subſtitut als ſolcher zweifellos jeden einzeln für ſich genommen. 2) „Dem letzt verſtorbenen ſoll Titius ſubſtituirt ſeyn.“ Hier würde der zuerſt ſterbende von ſeinem Bruder ab intestato, dieſer aber wieder vom

Substituten beerbt werden. L. 37. D. eod. Wären jedoch beide Unmündige zugleich ums Leben gekommen, so würde der Substitut als solcher jeden beerben, weil der Superlativ (ultimus) auch noch Anwendung findet, wenn nur kein späterer nachweisbar ist und so die Substitution für beide in Kraft tritt. L. 34. pr. D. eod. L. 9. pr. D. de reb. dub. (34, 5.) 3) Gewissermaßen in der Mitte zwischen den genannten beiden Fällen steht der Ausdruck si uterque impubes oder si ambo impubes mortui sunt. Man stritt früher, wenigstens wenn der Ausdruck si uterque impubes gebraucht war, darüber, ob hier jedem einzeln substituirt sey, oder der Substitut nur eintrete, wenn beide in der Unmündigkeit gestorben wären. Justinian aber entschied nach der Meinung des Sabinus für das letztere, woraus folgte, daß, wenn der eine nach dem andern gestorben war, er dessen Intestaterbschaft in der seinigen dem Substituten hinterließ. L. 10. C. de impub. et aliis subst. (6, 26.). Starben aber beide zugleich, so konnte natürlich keiner den andern beerben; für den Substituten aber war die Bedingung jedenfalls und in den Erbschaften beider Pupillen eingetreten. So scheint also im Resultat und nach dem neusten Recht dieser dritte Fall freilich ganz auf den zweiten zurückzukommen; aber nicht nur ist der Weg der juristischen Deduction in beiden ein verschiedener, sondern es bleiben, wie sich zeigen wird, auch noch wichtige praktische Verschiedenheiten übrig.

In unserer Stelle sagt nun Papinian dreierlei.

1) Wenn in dem Substitutionsfalle si ambo mortui essent, beide zugleich gestorben sind, so werden dem Substituten (als solchem oder kraft seiner Substitution) zwei Erbschaften deferirt. — Wie es in diesem Falle, dem der ganz gleich steht, wo der beiden einzeln Substituirte beider Erbe geworden ist, mit der Falcidia zu halten sey, sagt Papinian hier nicht, wohl aber in L. 14. §. 2. D. ad leg. Falcid. (35, 2.), auf welche Stelle wir später kommen werden.

2) Sind sie aber zu verschiedenen Zeiten gestorben, so beerbt der Substitut als solcher nur den zuletzt gestorbenen, findet jedoch

in dessen Erbschaft auch die (Intestat-) Erbschaft seines Bruders. In diesem Falle

3) läßt aber der Substitut bei Berechnung der falcidischen Quart (von den ihm oder dem letzt verstorbenen Pupillen oder beiden aufgelegten Legaten) die Erbschaft, welche der zuletzt verstorbene Unmündige von seinem Bruder erworben hat, ganz außer Rechnung und setzt also bloß den Betrag der väterlichen Erbschaft des zuletzt verstorbenen Pupillen nach dem Zeitpunkt des Todes des Vaters an, um zu sehen, ob über drei Viertheile derselben legirt sey. Dasselbe bemerkt Papinian L. 14. §. 3. D. ad leg. Falc. (35, 2.). Quod si frater fratri legitimus heres exstitit et impuberi supremo substitutus: portio quidem paternorum bonorum, quam intestatus puer accepit, rationi Falcidiae non confundetur. Diese Entscheidung beruht nun eben darauf, daß alle erst vom Pupillen von auswärts her gemachten Erwerbe, wozu auch die Erbschaft von seinem Bruder gehört, als eine spätere Vergrößerung der väterlichen Erbschaft, welche der Substitut erhält, außer Betracht bleiben.

4) Auch zieht er die Quart nur als Erbe in der väterlichen Erbschaft des zuletzt verstorbenen Pupillen ab (L. 14. §. 3. cit. sed (d. h. sed et) quartam ejus tantum portionis substitutus retinebit, quam impubes accepit, qui substitutum habuit), so daß sie, da dieser nur zur Hälfte Erbe seines Vaters geworden, nicht ein Viertel, sondern ein Achtel (sescuncia) der ganzen väterlichen Erbschaft beträgt. Dieses jedoch nur jure testamenti, d. h. insofern er kraft des väterlichen Testaments Erbe und zum Abzuge der Quart berechtigt wird, wie Cujacius ad h. l. (Tom. IV. p. 1329 ed. Mut.) und Voorda ad leg. Falc. p. 46. richtig erklären. Papinian will nämlich damit andeuten, daß, wenn der zuerst verstorbene Pupill über drei Viertheile mit Legaten beschwert gewesen wäre, diese nur nach der falcidischen Verminderung in seiner Intestaterbschaft auf den überlebenden Bruder übergegangen wären und so denn auch dem Substituten, der in jene Intestaterbschaft mitnachfolgt, dieser falcidische Abzug zu Gute

kommen würde. Pfordten, welcher S. 95 die Worte jure testamenti irrig mit „als falcidischen Antheil" erklärt, scheint dieser Gedanke Papinian's nicht klar geworden zu seyn. In L. 14. §. 3. cit. liegt dasselbe, was hier mit jure testamenti ausgedrückt ist, in dem Wort substitutus (d. h. als Substitut) retinebit — wenn man annehmen will, daß der Jurist auch da an diesen Gegensatz gedacht hat.

5) Die Legate, welche dem Substituten als Substituten des erstverstorbenen Unmündigen aufgelegt sind, sind ungültig; denn für ihn sind die tabulae pupillares destitut geworden. Sind aber alle vom Substituten hinterlassenen Legate schon an sich als auf die beiden Hälften der väterlichen Erbschaft gelegt zu betrachten, so daß stets die eine Hälfte aller ungültig wird? Dieses ist Cujacius's Meinung. Richtiger aber sagt man, es sey dieses quaestio facti, i. e. voluntatis testatoris. Hat der Vater gesagt: der Substitut soll aus der Hälfte des einen Sohnes dem A, B, C, aus der des andern dem D, E, F jedem 100 geben, so werden nach der Absicht des Testators offenbar, wenn der erstere zuerst gestorben ist, auch die Legate des A, B, C ungültig. Derselbe Wille kann stillschweigend darin liegen, daß er dem Substituten Legate an die Dienerschaft des einen und andere an die Dienerschaft des andern Pupillen auflegte. Dieses ist auch Pfordten's Ansicht S. 97, wenigstens für den Fall, daß der Vater ausdrücklich gewisse Legate an die Bedingung geknüpft hat, daß der eine Sohn zuletzt sterbe. Allein man wird auch sagen müssen, daß im Zweifel sämmtliche Legate des Substituten als auf die beiden Hälften des väterlichen Vermögens zugleich gelegt zu betrachten seyen und alle zur Hälfte ungültig werden, wenn der Substitut als solcher nur den einen Pupillen beerbt. Auch darin unterscheidet sich nämlich diese Substitution: si ambo mortui sunt, von der: ei, qui novissimus mortuus erit, substituo, daß dort an sich und zunächst beiden Pupillen, hier zunächst nur Einem substituirt ist, dort die Intestatbeerbung des einen durch den andern die Ausnahme, hier die Regel bildet; denn in dem

ambo, hierin noch von dem beide verbundene zugleich sondernden uterque verschieden, liegt zugleich der Begriff des ἅμα, simul (vgl. L. 32. §. 14. D. de donat. int. vir. et uxor. 24, 1.); weshalb auch Papinian den Fall, daß beide Pupillen zugleich sterben, als den dem Ausdruck dieser Substitution zunächst entsprechenden voranstellt. Daraus folgt aber, daß auch die ganzen Legate dort zunächst und im Zweifel für beide Hälften zugleich, d. h. insofern der Substitut als solcher beide Pupillen beerben werde, hier aber jedenfalls schon für die eine Hälfte allein, zu der nur auch die andere als Intestaterbschaft hinzutreten kann, errichtet sind. Dieser Unterschied, der auch durch Justinian's Verordnung (L. 10. C. cit.) nicht aufgehoben ist, und die aus ihm für unseren Fall sich ergebende Entscheidung entspricht auch offenbar Papinian's Worten a substituto ejus filii, die zwei selbstständige Substitutionen für beide Kinder, als in der obigen Formel liegend, für die Legate voraussetzen, am besten. Doch glauben wir, daß Papinian selbst statt quae a substituto ejus filii data sunt, geschrieben habe qua (d. h. insoweit) a substituto etc., welcher Ausdruck erst ganz genau alle Fälle umfaßt. Auch steht diese Entscheidung nicht damit in Widerspruch, daß, wenn Jemand z. B. neben Titius zu $1/4$ pure, zu $1/2$ bedingt eingesetzt ist, die im Testament schlechthin hinterlassenen Legate ohne Rücksicht auf die zweite Einsetzung sofort ganz prästirt werden müssen. L. 87. §. 3. D. ad leg. Falcid. (35, 2.); denn hier sind die Legate nur von Einer Erbschaft und für Eine Erbfolge hinterlassen und können deshalb nicht in Portionen getrennt werden; im Falle der Pupillarsubstitution aber müssen sie in dieser Beziehung getrennt werden, da sie hier, obgleich auch von Einer Erbschaft, doch für den Fall zweier verschiedener Testamentserbfolgen errichtet sind, von denen die eine unabhängig von der andern ungültig werden kann. Uebrigens geben wir gern zu, daß, wenn Gründe vorhanden sind, den Gedanken des Testators an den Eintritt beider Substitutionen als

Bedingung der Gültigkeit der ganzen Legate auszuschließen, der Substitut stets die ganzen Legate schuldig werde.

Weiter kann man aber nicht gehen und nicht etwa annehmen, daß der Vater stets die Prästation aller Legate dem Substituten habe auflegen wollen, weil dieser stets entweder ex substitutione oder durch Intestatbeerbung des einen Pupillen von Seiten des andern die ganze Erbschaft erhalten würde. Denn es hängt von vielen Zufälligkeiten ab, ob der zuerst sterbende Pupill wirklich von seinem Bruder vor des letzteren Tode noch beerbt wird. Man denke nur an den Fall, daß der erstere in der Fremde oder so kurze Zeit vor dem zweiten, daß dieser keine Zeit zur Antretung mehr hatte, gestorben ist.

Es versteht sich von selbst, daß dem Falle, wo der Pupill die väterliche Erbschaft durch Intestatbeerbung eines Erben des Vaters erhalten hat, der ganz gleich steht, wo er von diesem Erben zum Erben eingesetzt ist.

L. 103. pr. D. de leg. 3. Scaevola lib. sing. Quaestionum publice tractatarum. — Si pater exheredato filio substituit heredem extraneum, deinde ille extraneus hunc filium heredem instituit, et heres factus intra pubertatem decedat : puto, a substituto ei filio omnino legata praestari non debere : quia non directo sed per accessionem ad filium hereditas patris pervenit.

In dieser Stelle ist nämlich, wie schon Cujacius (Obs. 2, 32. vgl. Mühlenbruch Pand. Comm. Bd. 40. S. 406. Anm. 71) gesehen hat, statt substituit heredem — instituit heredem zu lesen und sie enthält dann den Fall, daß der Vater seinen unmündigen Sohn enterbt, einen Dritten zum Erben eingesetzt und seinem Sohne einen Pupillarsubstituten gegeben, darauf jener Dritte wieder den Unmündigen zum Erben ernannt und dieser, nachdem er mit des Dritten Erbschaft auch die seines Vaters erworben hat, in der Unmündigkeit gestorben ist. Hier wird, sagt Scävola, der Pupillarsubstitut, wenn ihm Legate aufgelegt sind, diese nicht zu prästiren brauchen, weil die väterliche Erbschaft nicht direct,

sondern durch Succession in die Stelle des Erben, der den Pupillen wieder eingesetzt hatte, an diesen gelangt ist. Dieselbe Entscheidung giebt er im folgenden §. 1 auch für den Fall, daß der neben dem enterbten Pupillen eingesetzte Erbe dessen Bruder war und von diesem die väterliche Erbschaft durch Einsetzung oder ab intestato an den Pupillen gelangt ist.

Wie aber dann, wenn der enterbte Pupill, dem substituirt ist, die väterliche Erbschaft als Pupillarsubstitut seines vom Vater eingesetzten Bruders erhalten hat? Also in folgendem Falle: Der Vater hat von seinen beiden unmündigen Kindern das eine eingesetzt, das andere enterbt, das enterbte dem eingesetzten und darauf dem enterbten wieder Mävius substituirt: wird hier, wenn das enterbte Kind nach dem eingesetzten als dessen Erbe stirbt, Mävius, der nun als Substitut auch die väterliche Erbschaft erhält, die ihm aufgelegten Legate schuldig seyn? Nach unserer obigen Regel müssen wir ihn allerdings für legatpflichtig erklären und dieses thut auch Julian in folgender Stelle, in welcher er zugleich die Verschiedenheit dieses Falles von dem nachweist, wo der enterbte Pupill ein Legat von des Vaters Erben oder eine des Vaters Erbschaft enthaltende Intestaterbschaft von seinem Bruder erhalten hat und auf seinen Substituten vererbt.

L. 87. §. 7. D. ad leg. Falcid. (35, 2.). Qui filios impuberes duos habebat, alterum heredem instituit, alterum exheredavit: deinde exheredatum instituto substituit, ac postea exheredato Maevium, et ab eo legavit: et exheredatus fratri impuberi exstitit heres: deinde impubes decessit. Cum judicio patris facultates paternae per causam hereditariam ex substitutione ad eum perveniant, potest dici, legata ab eo relicta praestanda esse, habita ratione legis Falcidiae in his bonis, quae pater mortis tempore reliquerit. Nec huic contrarium est, quod cum exheredato pater legatum dederit, nihilo magis substitutus legatis obligabitur, quia eo casu non hereditatis paternae portio, sed legatum ad eum per-

venit. Dicet aliquis : Quid ergo, si exheredatus filius non ex substitutione fratri suo heres exstiterit, sed aut lege aut per interpositam personam, atque ita impubes decesserit? sic quoque existimandus erit substitutus legata debere? Minime; nam quantum intersit, exheredatus filius ex substitutione fratri suo heres existat, an alio modo, vel ex eo apparet, quod alias ab eo legare pater potuit, alias non potuit : est igitur rationi congruens, ne plus juris circa personam substituti testator habeat, quam habuerat in eo, cui eum substituebat.

In den Worten, welche den eigentlichen Entscheidungsgrund enthalten, Cum judicio patris facultates paternae etc. setzt Julian Alles darauf, daß hier der Substitut des enterbten Pupillen, indem er ihm als Substituten seines vom Vater eingesetzten unmündigen Bruders substituirt ist, die väterliche Erbschaft durch das Testament des Vaters erhält : und damit ist auch der entscheidende Punct getroffen. Der Vater will und wirkt kraft der Personeneinheit in seinen beiden unmündigen Kindern; indem er den Enterbten dem Eingesetzten substituirt, macht er ihn, gleichsam mit Zurücknahme der Enterbung, auf einem Umwege doch wieder zu seinem suus heres, so daß er sich ganz so verhält, als wäre er ein vom Vater eingesetzter suus impubes, und da nun Mävius wieder sein Pupillarsubstitut ist, so erhält dieser die väterliche Erbschaft in der That als Erbe des Vaters in der Erbschaft des Pupillen. Im weitern Verlauf der Stelle widerlegt Julian zwei mögliche Einwendungen. Die erste (Nec huic contrarium est etc.) : würde dann nicht folgen, daß auch, wenn dem enterbten Pupillen ein Legat vom Vater ausgesetzt wäre, dessen Substitut mit Legaten belastet werden könnte, was doch entschieden falsch ist? Keineswegs; denn dann erhielte der Substitut zwar auch väterliches Vermögen durch väterlichen Willen, aber nur als Legat. Die zweite (Dicet aliquis etc.) : wenn es nun auf die Erbschaft ankommen soll, würde man nicht — auch im Widerspruch mit der angenommenen Rechtsansicht — sagen

müssen, daß, wenn der enterbte Pupill seinen unmündigen, vom Vater eingesetzten Bruder nicht kraft Substitution, sondern ab intestato oder mittelbar durch Beerbung des (substituirten) Erben desselben beerbt hätte, seinem Substituten, der doch nur auch die väterliche Erbschaft erhielte, Vermächtnisse aufgelegt werden könnten? Auch dieses nicht; denn welchen großen Unterschied es macht, ob der enterbte Pupill durch Substitution oder auf andere Weise seines Bruders Erbe werde, kann man schon daraus ersehen, daß der Vater in jenem Falle ihm Legate auflegen kann, in diesem nicht; vernünftiger Weise kann man aber doch dem Vater nicht mehr Rechte über den Substituten des enterbten und substituirten Pupillen, als über diesen selbst einräumen.

Was nun zunächst diese letztere Argumentation betrifft, so ist sie zwar nicht unrichtig, aber etwas äußerlich. Sie beseitigt den gemachten Einwurf nur mit Berufung auf den anerkannten Satz, daß von einem enterbten, seinem eingesetzten Bruder substituirten Pupillen, eben so, wie von jedem dem Pupillen substituirten extraneus, nicht aber auch von einem enterbten Pupillen, der auf andere Weise seines Bruders Erbe geworden sey, gültig legirt werden könne; da nun dem Vater über den Erben des Pupillen nicht mehr Recht zustehen könne, als über diesen selbst, so sey es ganz angemessen, daß er auch dem ersteren keine Legate auflegen dürfe, wenn der Pupill seine Erbschaft nur ab intestato oder per interpositam personam erworben habe. Will man dagegen den Satz selbst, auf den sich Julian beruft, zugleich mit zur Einsicht bringen, so ist die richtige Beantwortung des Einwurfs vielmehr die, daß der Substitut des enterbten und seinem Bruder substituirten Pupillen, wie oben gezeigt, persönlich oder dem Willen nach des Vaters Erbe in der väterlichen Erbschaft des Pupillen wird, der Vater aber seinem Erben Legate auflegen kann; wogegen, wenn der Pupill nicht durch Substitution, sondern ab intestato oder durch Vermittelung eines andern Erben die väterliche Erbschaft von seinem Bruder erhalten hat, schon er selbst darin nicht des Vaters, sondern seines Bruders oder des Erben

desselben Erbe — sowohl persönlich, als dem Object nach — geworden ist und folglich auch von seinem Substituten nicht gesagt werden kann, daß er die väterliche Erbschaft hier als Erbe des Vaters habe.

Der Grund, mit welchem Julian dem ersten Einwande begegnet, kann als ein bloß formeller auf die Regel a legatario legari non posse (Gaj. 2, 260. 271.) gestützter gemeint gewesen seyn, wiewohl hier doch eigentlich nicht dem Substituten selbst legirt ist. Alsdann würde Julian zu den älteren Juristen gehört haben, welche nach Justinian's Decision, L. 24. C. de legat. (6, 37.), das dem Substituten eines enterbten Pupillen aufgelegte Fideicommiß für gültig hielten, wenn der Vater dem Pupillen etwas vermacht hatte. Sie mochten sich darauf stützen, daß ein Fideicommiß jeder anerkennen müsse, der dem Erblasser einen letztwilligen Erwerb aus seinem Nachlasse verdanke. Aber ein solcher ist hier der Substitut nicht, obgleich er scheinbar die dem Pupillen vermachte Sache in dessen Vermögen durch des Vaters Willen miterbt. Denn er ist weder selbst mit dem Legat bedacht, noch auch in das Legat des Pupillen als Fideicommissar substituirt. Die Substitution giebt ihm vielmehr nur die Erbschaft des enterbten Pupillen, das pupillo heredem esse — etwas Persönliches, Universelles, von den Einzelerwerben, woraus die hereditas pupilli besteht, wohl zu Unterscheidendes und dieselben Bedingendes — und zwar diese Erbschaft, da der Pupill enterbt ist, als ein schlechthin Fremdes, nicht vom Vater Stammendes, welchen Charakter daher auch der Einzelerwerb jenes Legats vom Vater annimmt[4]). Indem also der Substitut das Legat gar

---

[4]) Dieses ist der entscheidende Punkt. Daher kann das Vermächtniß auch nicht aus dem Gesichtspunkt, quod fidei heredis legatarii committi potest (L. 5. §. 1. D. de leg. 3.) bestehen; denn indem der Vater dem enterbten Pupillen substituirt, erklärt er, daß er selbst den Substituten nicht als Erben im Legat, sondern als Erben des pupillarischen Vermögens betrachte.

nicht aus dem Vermögen des Testators, sondern nur als einen Theil der als solche dem Vater durchaus fremden Erbschaft des Pupillen erhält, so kann er mit Rücksicht darauf eben so wenig, wie wegen der übrigen Erbschaft des Pupillen mit Fideicommissen beschwert werden. Die Substitution des enterbten Pupillen an die Stelle seines eingesetzten Bruders hebt dagegen dessen Enterbung wieder auf und macht ihn und seinen Substituten zum Erben des Vaters in des Bruders Erbschaft, so daß der Substitut hier die väterliche Erbschaft in der letzteren nicht als ein Fremdes erhält. Man sieht daraus, daß Julian mit den Worten quia eo casu non hereditatis paternae sed legatum ad eum pervenit gar wohl auch die richtige Auffassung hat ausdrücken können, wonach er denn auch Fideicommisse in diesem Falle für ungültig gehalten hätte.

Derselben Ansicht scheint auch Tryphoninus gewesen zu seyn.

> L. 41. §. 3. D. de testam. mil. (29, 1.) TRYPHONINUS lib. 18 Disputationum. — Si miles exheredaverit filium, vel sciens eum filium suum esse, silentio praeterierit, an legatum a substituto ejus dare possit, quaesitum est. Dixi, non posse, licet ampla legata reliquerit. §. 4. Exheredato miles et emancipato filio substituere potest.

Es ist klar und schon von Muretus, Viglius u. A. bemerkt, daß das Wort Exheredato nicht in §. 4, wo es nur stört, sondern als letztes Wort zu §. 3, wo es nicht entbehrt werden kann, gehört. Alsdann sagt der Jurist, daß auch von einem Soldaten der Substitut des enterbten Pupillen, wenn diesem auch noch so große Legate hinterlassen sind, nicht mit Legaten beschwert werden könne. Zwar haben wir nun keine Kunde, daß im Testament des Soldaten die Codicillarclausel sich von selbst verstanden oder ein Legat, wenn es als solches nicht gültig war, als Fideicommiß habe genommen werden dürfen, und es ist dieses, bei der materiellen Verschiedenheit von Legaten und Fideicommissen, auch nicht einmal wahrscheinlich, da eben nur der bestimmte Wille des Soldaten, übrigens aber auch unbeschränkt durch die Regeln

des alten Rechts, gelten sollte; aber daraus folgte denn doch, daß der Satz a legatario et ab heredis herede legari non posse Soldaten auch nicht band, und so konnte Tryphoninus nur aus materiellen, eben so gut für Fideicommisse in Betracht kommenden Gründen diese Legate für ungültig halten[5]).

Es folgt nun übrigens, daß, auch wenn der Vater dem enterbten Pupillen seine ganze Erbschaft als Fideicommiß hinterlassen hätte, der Substitut auch dann nicht mit Vermächtnissen beschwert werden kann, und ferner, daß alle dem eingesetzten Pupillen hinterlassene Vermächtnisse, so weit sie als solche gelten, eben so wie alles sonstige selbsterworbene Vermögen des Pupillen, dem Substituten beim Abzug seiner Quart nicht eingerechnet werden. Es versteht sich nämlich von selbst, daß die Erwerbe, welche nach dem Bisherigen den Substituten eines enterbten Pupillen überhaupt nicht vermächtnißpflichtig machen, auch den Substituten eines eingesetzten Pupillen nicht zu einer größern Legatenprästation verpflichten.

So viel zur näheren Bestimmung, wie in dem Satze pater de suo legat das suum zu verstehen ist.

B. Ueber die Folge, welche eine Vergrößerung oder Verminderung des Vermögens des Pupillen für die ihm und dem Substituten aufgelegten Legate habe, spricht sich Gajus in L. 79. ad leg. Falc. (35, 2.) nur allgemein dahin aus, sie sey darauf ohne allen Einfluß. Dieses consequent angewandt, führt im Falle

---

[5]) Den Neuern ist der Grund der Ungültigkeit der Fideicommisse in diesem Falle nicht klar geworden. Roßhirt Vermächtnisse Bd. 1. S. 238 meint: „denn es wird dies (Legat an den Pupillen) nicht als eine Honorirung des Kindes (?) angesehen." Hat er schreiben wollen: des Substituten? Mühlenbruch Pand. Comm. Bd. 40. S. 375. 407. (in dieser ganzen Materie fast völlig unbrauchbar) referirt blos. Vangerow Leitf. §. 520. Anm. 2. hält nur die Ungültigkeit eines Legats — aus den formellen Gründen — für innerlich begründet. Am meisten nähert sich noch der Wahrheit Donell. comment. jur. civ. 8, 7. §. 6.

der Verminderung auf zwei Sätze: 1) wenn die Legate nach dem Betrage des Vermögens zur Zeit des Todes des Vaters ³/₄ nicht überschritten, so kommt der falcidische Abzug nicht zur Anwendung, wenn auch der Substitut wegen Verminderungen des pupillarischen Vermögens sein Viertel aus der Pupillarerbschaft nicht mehr frei behält. 2) Der Substitut muß selbst aus seinem Vermögen zuschießen, wenn die Verminderungen so bedeutend gewesen sind, daß die ganze Pupillarerbschaft nicht mehr hinreicht, die Legate zu bezahlen. Mit Rücksicht auf diese Anwendungen behandelt nun auch Papinian die ganze Frage in

> L. 11. §. 5. D. eod. Quod vulgo dicitur, in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari, quam potestatem habeat, videndum est. Quamvis enim substitutus, quae a pupillo relicta sunt, cum filius heres exstitit, ut aes alienum quodlibet debeat: tamen propter ea, quae data sunt tabulis secundis, contributioni locus est. Secundum quae poterit evenire, ne substitutus quidquam retineat, vel ut longe plus habeat quarta paternae hereditatis. Quid ergo, si non sufficiat pupilli hereditas legatis, cum patris suffecisset? De suo quadrante nimirum dabit substitutus, quoniam pater legavit de suo: nec ad rem pertinet, quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii: cum in hac parte juris legata, quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur.

Diese Stelle wird der Hauptsache nach durch folgende frei umschreibende Uebersetzung klar werden. Wir wollen, sagt er, die Bedeutung des Satzes in tabulis patris et filii unam servari Falcidiam untersuchen. Man könnte nämlich sagen und es ist dieses auch an sich richtig: der Substitut schulde die dem Pupillen, der Erbe geworden ist, aufgelegten Legate, nur wie jede Schuld (deren Betrag sich bekanntlich durch Uebergang auf den Erben nicht vermindert). Allein, wenn auch ihm Legate aufgelegt sind, so tritt wegen dieser eben nach jenem Satze Zusam-

menlegung der Legate aus beiden Testamenten und damit eine Verminderung jener Pupillarlegate durch die Falcidia ein (so daß diese Art von Schuld doch auch noch in einer eigenthümlichen Weise als Legate in Betracht kommt). Danach kann es sich denn ereignen, daß der Substitut von der Erbschaft gar nichts behält (wenn nämlich das Vermögen des Vaters beim Pupillen sich so weit verringert hat, daß es nun durch die ganze Summe der Legate völlig erschöpft wird), oder daß er weit über die Quart der väterlichen Erbschaft hat (— wenn der Vater über ¾ seiner Erbschaft legirt hat, so daß die Legatare einen Abzug erleiden, der Pupill aber eine bedeutend größere Erbschaft hinterläßt, als er vom Vater erhielt). Wie nun aber in dem ersteren Falle, wenn die Erbschaft des Pupillen zur Deckung der Legate nicht hinreicht (die Verringerungen also so groß waren, daß die Legate nun nicht bloß das Vermögen erschöpfen, sondern selbst übersteigen), während die väterliche Erbschaft dazu hingereicht (und es dabei sich also höchstens um den Abzug der Falcidia gehandelt) hätte? Alsdann wird freilich der Substitut sie von seinem Viertel bezahlen müssen; denn der Vater hat von seinem hinterlassenen Vermögen die Legate errichtet und man kann nicht einwenden, daß doch aus keinem Testament über die Kräfte des erbschaftlichen Vermögens hinaus Vermächtnisse prästirt werden; denn für die vorliegende Frage werden die im zweiten Testament hinterlassenen Legate so angesehen, als wenn sie schon im ersten nur unter einer persönlichen Bedingung hinterlassen wären: so daß es also für die Frage, in wie weit sie gezahlt werden müssen, lediglich darauf ankommt, ob der Nachlaß des Vaters zur Zeit, als er starb, zu ihrer Deckung hinreichte.

Einen andern Sinn, als den in dieser Uebersetzung wiedergegebenen, wird man in Papinian's Worten nicht finden können, wenn man ihnen nicht Gewalt anthut. Nach diesem Sinne passen nun aber auch offenbar die Worte de suo quadrante nimirum dabit substitutus zu dem Uebrigen nicht. Die Frage, ob der Substitut sein falcidisches Viertel von der Pupil-

larerbschaft zusetzen müsse, um die Legate zu bezahlen, weil die Verminderungen des Vermögens beim Pupillen so groß gewesen sind, daß nun dessen Nachlaß von den Legaten erschöpft wird — diese Frage hat Papinian schon vorher mit den Worten: secundum quae poterit evenire, ne substitutus quicquam retineat bejahend entschieden und abgethan. Im Folgenden, von den Worten Quid ergo an, wendet er sich zu der Frage, wie es zu halten sey, wenn die ganze pupillarische Erbschaft nicht hinreiche, die Legate zu bezahlen, während die väterliche hingereicht hatte, und hierauf kann er unmöglich bloß wieder antworten: der Substitut müsse dann auch aus seinem Viertel zahlen; vielmehr mußte er sich direct darüber aussprechen, ob der Substitut dann auch über die Kräfte der Pupillarerbschaft hinaus aus seinem eignen Vermögen hafte oder nicht. Aber auch mit dem folgenden Grunde quoniam pater legavit de suo steht die Antwort de suo quadrante nicht in logischem Zusammenhange und noch weniger mit dem darauf gemachten Einwurfe quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii. Denn wie jener Grund nur darauf führt, daß die Legate so weit gültig bleiben müssen, als sie aus dem Nachlaß des Vaters nach dessen ursprünglichen Betrage gezahlt werden konnten, mithin in dem gegebenen Falle auch über den Betrag der Pupillarerbschaft hinaus, so setzt der Einwurf geradezu die ertheilte Antwort auf die aufgeworfene Frage voraus, daß der Substitut nicht bloß mit seinem Viertheil, sondern auch über die Kräfte der Pupillarerbschaft hinaus prästiren müsse. Eben so liegt diese Voraussetzung in den Worten des folgenden Paragraphen: facile quis dixerit consequenter prioribus, quae de patrimonii ratione dicta sunt, non esse Falcidiae locum et ultra vires portionis conveniendum alterum substitutum, worauf wir später kommen werden.

Diese innere Zusammenhangslosigkeit der Stelle ist auch schon frühern Auslegern nicht entgangen, namentlich hat der bisherige beste Ausleger dieser Stelle, Goveanus ad h. l. (Opp. jur. civ. Lugd. 1562. p. 184 seq.) zuerst gesehen und

bewiesen, daß das Wort quadrante ein dem Gedankengange Papinian's fremdartiger, störender Zusatz ist, wie er mit Recht sagt, von einem interpres imperitus, dessen Glossem vom Rande in den Text gekommen sey. Cujacius hat ihn zwar zu bestreiten gesucht (Obs. 4, 35), ist aber von Voorda (ad l. Falc. p. 279 seq.) genügend widerlegt worden. Leider sind beide Ausleger von Pfordten (S. 34—44) nicht benutzt worden, der zwar andere, noch viel weiter abirrende Auslegungen gut abfertigt, selbst aber auch wieder darin irrt, daß er das Unzusammenhängende der Entscheidung de suo quadrante nimirum dabit mit dem Vorhergehenden und Nachfolgenden nicht wahrnimmt und gegen die Worte und den Zusammenhang der Stelle annimmt, Papinian führe von Quid ergo an nur den ersten Fall (ne substitutus quicquam retineat) aus, ohne zu bedenken, daß er dann Quid enim hätte fortfahren müssen und nicht einzusehen wäre, warum er nicht eben so auch den zweiten Fall deutlicher auseinandergesetzt hätte. Goveanus aber hätte noch bemerken sollen, daß die beiden Worte quadrante nimirum eingeschoben seyen und das nimirum selbst das Glossem verrathe. Auch entsteht durch die Lesart de suo dabit substitutus, quoniam (oder besser nach der Vulgata quae) pater legavit de suo ein schöner Gegensatz, der den Grund weit mehr hebt. Der Substitut, welcher der mittelbare Erbe des Vaters wird, muß von seinem Vermögen das geben, was der Vater nur von seinem Vermögen und also gültig legirt hat. Die Annahme eines Glossems scheint zwar dadurch bedenklich zu werden, daß die gewöhnliche Leseart außer allen bekannten Handschriften auch die Basiliken (Lib. XLI. tit. 1. §. 4, 2.) für sich hat: *ἐάν δὲ ἡ τοῦ ἀνήβȣ κληρονομία μὴ ἀρκῇ τοῖς ληγάτοις, ἡ δὲ τοῦ πατρὸς ἀρκῇ, δίδωσιν ὁ ὑποκατάςατος ἐκ τοῦ οἰκείου τρίτου* (im byzantinischen Recht war ein Drittel an die Stelle des Viertels getreten). Man möchte daher an ein tribonianisches Emblem denken, um diese Stelle mit der später zu besprechenden Entscheidung Ulpian's in L. 1. §. 3. D. si cui plus (35, 3.)

in Einklang zu bringen. Aber ein Glossem wird doch bestätigt durch Cyrill's Glosse (Basilic. ed. HEIMBACH Tom. IV. p. 97.), die wir, so weit sie hierher gehört, gleich lateinisch wiedergeben: In principali et pupillari testamento una Falcidia tractatur; et si quadrantem totius patrimonii institutus habeat, integra legata a substituto exiguntur, licet pupilli patrimonium non sufficiat, quasi in principali testamento sub conditione relicta esse videantur. Das heißt: wenn der eingesetzte Pupill das falcidische Viertel von der väterlichen Erbschaft hat — diese also zur Auszahlung der Vermächtnisse hinreichte — so muß der Substitut die vollen Legate auch über den Betrag der Pupillarerbschaft hinaus auszahlen. Danach hat er offenbar noch nicht de suo quadrante dabit, sondern nur de suo dabit gelesen. Statt si patris hereditas suffecisset sagt er si quadrantem totius patrimonii institutus habeat nur deshalb, um zugleich zu bemerken, daß, wenn er ihn nicht hätte, dann der von ihm zu machende Abzug auch dem Substituten zu Gute kommen würde, was natürlich auch Papinian nicht bestreiten will.

Hinsichtlich des hier in Bezug genommenen Satzes quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii ist zu bemerken, daß Fideicommisse, wie es scheint, von jeher ipso jure insoweit galten, als sie von dem, was dem Belästigten hinterlassen war, bestritten werden konnten; denn nur so weit reichte dessen Pflicht der Treue und Dankbarkeit, worauf die Fideicommisse beruhten. GAJ. 261, 2. epit. 2, 7. §. 5. §. 1. J. de sing. reb. per fideic. (2, 24.) L. 114. §. 3. D. de leg. 1. (wo der Satz mit placet angeführt wird) L. 8. pr. D. de leg. 3. Daß dagegen Legate ursprünglich ohne alle Rücksicht auf die Größe der Erbschaft oder des Erbtheils gültig errichtet und von dem Erben eingeklagt werden konnten, habe ich in dem Recht des Nexum S. 215 gezeigt. Durch die den Luxus der Legate zu Gunsten der Erbfolge beschränkenden Gesetze trat nun aber die Modification ein, daß seit der Lex Voconia, nach welcher kein Legatar mehr erhalten sollte, als dem Erben von der Erb-

schaft bliebe, wenigstens von dem Legatar, der über den Betrag der Erbschaft hinaus befriedigt war, mit der aus der Lex Furia stammenden Klage das Vierfache zurückgefordert werden konnte; nach der Lex Falcidia aber wenigstens dann, wenn dieses Gesetz Platz griff, die Legate so weit sie ³/₄ und folglich auch so weit sie den ganzen Erbtheil überstiegen, ipso jure ungültig waren. [L. 1. §. 11. D. si cui plus quam per leg. Falcid. (35, 3.)]. Allein wenn das Gesetz nicht eintrat, z. B. bei den dem Abzuge nicht unterworfenen Legaten, oder bei mehreren Substituten eines Pupillen, wenn der Gesammtbetrag der Legate ³/₄ der väterlichen Erbschaft nicht überstieg, und in einigen andern Fällen, konnte man wohl zweifeln, ob es dann nicht bei der alten Regel bleiben müsse, so sehr auch die dem Gesetz zum Grunde liegende allgemeine Idee, daß der Erbe den Legataren gegenüber einen Vortheil von der Erbschaft behalten, um so vielmehr also keinen Schaden leiden sollte, und die Analogie der Fideicommisse, seitdem die Lex Falcidia auf sie ausgedehnt war, für Ungültigkeit der Legate über den Betrag der Erbschaft hinaus sprach. Aus L. 1. §. 17. D. ad SC. Trebell. (36, 1.): neminem enim oportere plus legati nomine praestare, quam ad eum ex hereditate pervenit, quamvis Falcidia cesset, ut rescripto D. Pii continetur: ersehen wir, daß erst ein Rescript von Pius die letztere Ansicht bestätigt hatte, die nun auch mehrfach als geltendes Recht ausgesprochen wird. L. 23. D. ad leg. Falcid. (35, 2.). L. 1. §. 3. 12. si cui plus, quam per leg. Falc. (35, 3.) L. 14. §. 1. D. de religios. (11, 7.).

Doch wir kehren zu dem Satze zurück, daß der Substitut des Pupillen alle Legate eben so auszahlt, als wenn er unmittelbar Erbe des Vaters geworden wäre. Diesen Satz hat Papinian nach unserer Ueberzeugung auch in folgender, freilich in der Regel ganz anders erklärten Stelle aus seinem lib. 6. Responsorum ausgesprochen.

[L. 41. §. 6. D. de vulg. et pup. subst. (28, 6.)] — Coheres impuberi filio datus eidemque substitutus legata

e secundis tabulis relicta perinde praestabit, ac si pure partem et sub conditione partem alteram accepisset. Non idem servabitur alio substituto : nam ille Falcidiae rationem induceret, quasi plane sub conditione primis tabulis heres institutus : tametsi maxime coheres filio datus quadrantem integrum obtineret. Nam et cum legatum primis tabulis Titio datur, secundis autem tabulis eadem res Sempronio, Sempronius quandoque Titio concurrit.

Der Anfang dieser Stelle ist klar. Hat Jemand seinen unmündigen Sohn und den Titius eingesetzt, den letzteren jenem pupillarisch substituirt, und ihm als Substituten Legate aufgelegt, so berechnet er die Falcidia von diesen Legaten für beide Portionen der väterlichen Erbschaft zusammengenommen, ganz eben so, wie wenn von einem Erben, der zur Hälfte unbedingt, zur Hälfte unter einer Bedingung eingesetzt ist, Legate hinterlassen worden sind. Betrüge also die väterliche Erbschaft 400, die Legate des Substituten 200, so würde er nichts abziehen, obgleich seine Substitutionsportion allein genommen von den Legaten völlig erschöpft wäre. Schwierig wird aber der Zusammenhang des Folgenden Non idem servabitur etc. Die gewöhnliche Erklärung, welche sich in der Glosse, bei den Postglossatoren und allen Neuern, z. B. Cujacius (ad h. l. T. IV. p. 988), Goveanus (ad h. l. Opp. p. 131), Pfordten S. 75 findet, geht von der Voraussetzung aus, Papinian denke sich hier den Fall, daß der Pupill und A eingesetzt und B dem Pupillen substituirt sey, und läßt Papinian Folgendes sagen: Nicht dasselbe — nämlich daß der Substitut, obgleich überschwert, doch mit Rücksicht auf die freie Institutionsportion die Falcidia nicht abziehen darf — gilt, wenn ein anderer (der nicht Miterbe des Pupillen ist) substituirt ist; denn dieser wird eben so, wie wenn er im ersten Testament bedingt eingesetzt wäre, die Falcidia abziehen, mag auch A noch so sehr das Viertel von seinem Erbtheil oder selbst von der ganzen Erbschaft frei haben. Mit andern Worten: Papi-

nian soll sagen wollen, es gelte für einen Pupillarsubstituten und einen Miterben des Pupillen das allgemeine Princip [§. 1. J. de lege Falc. (2, 22.) L. 77. D. ad leg. Falc. (35, 2.)] in singulis heredibus ratio legis Falcidiae ponenda est, eben so, wie wenn Jemand für sich selbst zwei Erben eingesetzt habe. Zum Beweise aber, daß beide wie gewöhnliche Miterben zu betrachten seyen, füge Papinian hinzu: auch wenn dem Einen im ersten, einem Andern im zweiten Testament dieselbe Sache legirt sey, seyen sie als gewöhnliche Collegatare mit dem Recht der Theilung zu behandeln. Allerdings läßt sich nun auch aus dem Text, wie er vorliegt, schwerlich etwas Anderes machen. Daß man sich aber zu dieser Erklärung ohne Anstoß berechtigt halten konnte, ist zu verwundern. Die ganze Voraussetzung, daß der Pupill, dem B substituirt ist, noch einen andern Miterben habe, ist rein in die Stelle hineingetragen, und will man sie aus dem angefügten Satze tametsi maxime coheres filio datus entnehmen, so würde Papinian zum Vorwurf gereichen, seine Entscheidung (Non idem servabitur alio substituto) auf eine ganz unverständliche Weise gegeben zu haben, indem die Voraussetzung derselben erst später wie ganz zufällig hinzugefügt wäre. Es wird aber auch dem idem eine ganz willkürliche Deutung gegeben. Nach der Stelle selbst kann damit nur gemeint seyn: perinde legata praestari, ac si heres pure partem, et sub conditione alteram partem accepisset; man legt aber hinein: daß der Abzug der Falcidia nicht Statt finde. Endlich ist die Zusammenstellung der Frage, ob bei Berechnung der Falcidia zwei Portionen, welche derselbe Erbe erhält, zusammengerechnet werden, mit der, ob die Falcidia für jeden Erben einzeln oder für die ganze Erbschaft berechnet werde, nicht weniger abgeschmackt, wie die Begründung der Behauptung, daß der Substitut die Falcidia ohne Rücksicht auf den Miterben des Pupillen vornehme, dadurch, daß er ganz als Mitinstitut dieses Miterben zu betrachten sey.

Aller dieser Unsinn kommt nun bloß daher, daß in dem

Sätze tametsi maxime coheres irrig coheres statt heres geschrieben worden ist, wahrscheinlich indem man von dem abgekürzt geschriebenen maxime (Gai. 4, 16. Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 13. S. 285.) den letzten Buchstaben für die Abkürzung von con, co nahm; worin den Abschreiber das coheres impuberi filio datus zu Anfang der Stelle bestärkte. Lesen wir nun tametsi maxime heres filio datus (d. h. als dem Sohne gegebener Erbe) quadrantem integrum obtineret, so erhält die Stelle folgenden, ganz andern und vollkommen befriedigenden Sinn. Nicht dasselbe — daß nämlich der Substitut so die Legate präftirte, als wenn er einen Theil unbedingt, den andern unter einer Bedingung erhalten hätte — gilt dann, wenn dem Pupillen ein anderer als dessen Miterbe substituirt ist (mag der Pupill übrigens Miterben haben oder einziger eingesetzter Erbe seyn). — Papinian meint: man dürfe nicht auch hier sich zwei Erbtheile denken, die für die Falcidia zusammengerechnet würden, das selbsterworbene Vermögen des Pupillen, welches der Substitut geradezu, und das des Vaters, welches er vermittelt durch dessen Beerbung Seitens des Pupillen erhält. Vielmehr würde ein solcher Substitut die Falcidia abziehen, ganz so, als wenn er einfach unter einer Bedingung vom Vater zu dessen Erben (primis tabulis) eingesetzt wäre, möchte er auch als Erbe des Sohnes (heres filio datus — er sagte nicht substitutus, weil dieses auf das heredem esse patri und die väterliche Erbschaft gegangen wäre) — weil dieser nämlich noch bedeutendes Vermögen zu dem väterlichen hinzuerworben hat — noch so sehr sein Viertel frei haben. Um nun die solchergestalt eintretende Zurückführung der dem Substituten als solchen aufgelegten Legate auf den Gesichtspunct einer Anordnung derselben im ersten Testament durch eine andere Anwendung desselben Princips zu rechtfertigen und zu verdeutlichen, bemerkt Papinian am Schluß, daß, auch wenn Jemanden im ersten und einem Andern im Pupillartestament dieselbe Sache legirt sey, der letztere irgend einmal als Collegatar mit dem ersteren con-

curriren würde, ganz so, als wäre auch ihm nur unter einer Bedingung im ersten Testament legirt worden.

Bisher ist der Fall der möglichen Ueberschwerung eines Pupillarsubstituten als solchen, während die väterliche Erbschaft nicht überschwert war, behandelt worden, welcher in Folge von Verminderungen des väterlichen Vermögens beim Pupillen eintritt. Es läßt sich aber noch ein zweiter denken; wir meinen den, daß dem Pupillen mehrere Substituten gegeben sind, die sämmtlichen Legate ¾ der väterlichen Erbschaft oder doch wenigstens diese selbst nach ihrem Betrage zur Zeit des Todes nicht übersteigen, aber der eine Substitut über ¾ des Theils der väterlichen Erbschaft, den er vom Pupillen erhält, oder über diesen Theil selbst hinaus beschwert ist, während der andere sein Viertel von seinem Antheil an der väterlichen Erbschaft frei behalten hat. Gajus behandelt diesen Fall in L. 80. pr. D. ad leg. Falcid. in folgendem Beispiel:

Ein Vater hinterläßt seinem unmündigen, von ihm zum Erben eingesetzten Sohne 400; er hat ihm Legate im Betrage von 200 aufgelegt, Titius und Mävius ihm substituirt und von Titius 100 legirt. Der Pupill stirbt, die Substituten treten an und werden also auf 200, welche jeder vom Vater her erbt, jeder 100 als darauf fallende Pupillarlegate, Titius aber außerdem noch 100 als eigene Legate schuldig, so daß Titius's Erbtheil von 200 durch die von ihm auszuzahlenden Legate von 200 gerade völlig erschöpft wird, während Mävius die Hälfte seines Erbtheils übrig behält. Hier wird, sagt Gajus, bloß Titius und zwar von ererbten und eigenen Legaten zusammen die Quart abziehen und damit 50 behalten. Zahlt aber der Pupill die ihm aufgelegten Legate, so müssen die Tutoren wegen dieses Abzugs, der Statt finden wird, wenn Titius zur Erbfolge gelangt, die Legatare caviren lassen.

Man sieht, daß hier das Princip in tabulis patris et filii unam servari Falcidiam streng festgehalten ist, nur aber so, daß es für jeden der mehreren Substituten für sich in Anwendung

kommt. Denn geschähe dieses nicht, sondern betrachtete man die sämmtlichen Legate nach der unmittelbaren Erbfolge zur Zeit des Todes des Vaters, so wäre die Erbschaft von 400 durch die legirten 300 nicht überschwert und kein Abzug begründet.

Jene isolirte Unterstellung der mehreren Substituten unter die Lex Falcidia beruht aber selbst wieder auf demselben Satze mit jenem Princip: die Substituten als Erben des Vaters zu betrachten; denn wenn sie schon bei dessen Beerbung sich sondern, so muß auch die Regel auf sie Anwendung finden, daß jeder vom Testator berufene Erbe für sich und für seine Erbportion die Falcidia berechnet. L. 77. D. eod. Uebrigens spricht die Stelle des Gajus von Verminderungen oder Vergrößerungen, welche das väterliche Vermögen beim Pupillen erfahren haben möchte, gar nicht — weil diese nach der von uns früher entwickelten und in der unmittelbar vorhergehenden L. 79. ausgesprochenen Regel ohne alle juristische Bedeutung für die zu entscheidende Frage sind.

In etwas anderer Weise, obgleich doch im Resultat übereinstimmend, bespricht Papinian den Fall zweier Pupillarsubstituten in L. 11. §. 6. D. eod., welche also auf die vorhin erklärte L. 11. §. 5. unmittelbar folgt und die stets für sehr schwierig gehalten worden ist.

Si filio suo duos substituerit et alterius portionem oneraverit: tractari solet, an ex persona sua Falcidiam possit inducere substitutus, quam pupillus non haberet vel unus pupilli substitutus? Et facile quis dixerit consequenter prioribus, quae de patrimonii ratione dicta sunt, non esse Falcidiae locum, et ultra vires patrimonii conveniendum alterum substitutum. Sed verior est diversa sententia, perinde huic quartam relinquendam existimantium, atque ita si patri heres exstitisset: ut enim opes patris et contributio legatorum inde capiunt et formam et originem, ita plures substituti, subducta persona pupilli, revocandi sunt ad intellectum institutio-

nis. Quid tamen dicemus de altero substituto, qui non est oneratus : si forte nondum legata pupillus a se relicta solvit, et aliquid ultra dodrantem sit in omnibus, et ipsam Falcidiam habiturum? Atquin quartam habet: neque idem patiatur instituti comparatio. Rursus si negemus, aliud aperte, quam quod vulgo probatum est, respondetur. Itaque varietas exsistet : ut is quidem, qui proprio nomine oneratus est, velut institutus desideret quartam : alter autem, qui non est oneratus ut substitutus, licet portio largiatur ejus, non in solidum conveniatur propter calculi confusionem. Huic consequens est, ut si pupillo de Falcidia cautum fuit, duobus committatur stipulatur : videlicet in eam quantitatem, quam unusquisque sibi retinere potuisset.

Der Fall, von dem Papinian ausgeht, ist dieser. Ein Vater hat seinem eingesetzten unmündigen Sohne zwei (A und B) substituirt und die Substitutionsportion des einen von beiden (des A) überschwert. Gesetzt also, er hätte 400 im Vermögen hinterlassen, A und B jeden zur Hälfte substituirt und von A 160 oder 220 legirt: so würde damit für die Quart der Portion des A, auf den 200 der väterlichen Erbschaft übergehen, 10 über den Betrag seiner Falcidia, oder, wenn wir ein Legat von 220 annehmen, sogar 20 über seine Portion und also 70 über seine Falcidia hinauslegirt seyn. Ob auch dem Pupillen und dem andern Substituten Legate aufgelegt seyen, sagt Papinian nicht, und es ist dieses also zunächst gleichgültig: nur setzt er jedenfalls, wie schon der Gegensatz von alterius portionem oneraverit und noch mehr der weitere Verlauf der Stelle zeigt, voraus, daß die etwa auch dem B aufgelegten Legate dessen Portion nicht überschweren. Daß er sich aber denkt, daß A selbst (nicht etwa erst durch Hinzurechnung der Hälfte der dem Pupillen aufgelegten Legate) überschwert sey, liegt theils auch schon in dem Ausdruck alterius portionem oneraverit, theils wird es noch ausdrücklich in dem spätern Theil der Stelle mit den Worten is quidem, qui

proprio nomine oneratus est, gesagt. Den so näher bestimmten Fall nun angenommen, pflegt, sagt Papinian, die Frage behandelt zu werden, ob der Substitut A aus seiner Person den Abzug der Falcidia auf die Bahn bringen könne, den der Pupill oder ein einziger Substitut des Pupillen nicht gehabt hätte. Mit den letzten Worten werden also die Fälle ausgeschlossen, daß a) (quam pupillus) vom Pupillen über 300 oder b) (vel unus pupilli substitutus) z. B. vom Pupillen 160 und vom Substituten 160, zusammen 320 legirt wären; denn in beiden Fällen würde der Abzug nicht bloß ex persona substituti behauptet werden können, sondern jedenfalls dem Pupillen oder dessen einzigen Substituten nach dem im vorigen Paragraphen Gesagten zugestanden haben. „Und (fährt er fort) in consequenter Verfolgung dessen, was wir vorhin über die Berechnung des Vermögens gesagt haben — daß nämlich Alles bloß auf den Zeitpunct des Todes des Vaters ankomme, die Beerbung des Pupillen (das pupillo heredem datum esse) völlig gleichgültig sey — könnte man leicht sagen, der Abzug der Falcidia finde nicht Statt und der A müsse sich auch über den Betrag seiner Portion hinaus belangen lassen (wenn nämlich die Summe der Legate — die oben angenommenen 220 — auch noch diese übersteigt)." Offenbar ist nämlich unter alterum substitutum hier derselbe „eine von beiden" — der überschwerte Substitut A — zu verstehen, der auch vorhin mit alterius portionem bezeichnet wurde, und schon deshalb nicht zu begreifen, wie Pfordten S. 53 dieses sprachwidrig finden kann. Umgekehrt verstößt die von ihm und vielen Anderen angenommene Beziehung des alterum substitutum auf den nicht überschwerten Substituten sowohl gegen die Sprache, als gegen Rechtsgrundsätze und verschließt die Einsicht in den ganzen Gedankengang Papinian's [*]). Jedenfalls nämlich

---

[*]) Die richtige Beziehung des alter substitutus hat v. Vangerow Leitfaden §. 535. S. 478, der auch die Stelle im Ganzen richtig versteht.

ist doch unter dem Folgenden huic der überschwerte Substitut zu verstehen; sprachlich kann dieses demonstrativ aber nur auf den unmittelbar vorhergehenden alterum substitutum bezogen werden und also auch dieser nur der überschwerte seyn. Versteht man ferner mit Pfordten unter alterum den nicht überschwerten Substituten, so führt dieses zu einem Gedanken, der zu absurd ist, als daß er von irgend einem römischen Juristen hätte gehegt oder auch nur als möglich hingestellt werden können, daß nämlich aus irgend einem Grunde die Legatsobligation von dem Erben, der ausdrücklich damit belegt ist, ganz oder theilweise auf einen Miterben übertragen werden könnte. Die von Papinian als möglich und naheliegend hingestellte Ansicht wäre dann nämlich: so weit die Legate des A dessen Portion überstiegen, müsse sein nicht beschwerter Mitsubstitut von den Legataren belangt werden. Auch ist nicht einzusehen, wie diese Ansicht aus dem, was Papinian früher über die Berechnung des Vermögens gesagt hat, consequent gefolgert werden könnte. Pfordten meint zwar, deshalb, weil, wenn nur die Verhältnisse zur Zeit des Todes des Vaters ins Auge zu fassen wären, dann auch die mehreren Substituten als eine Einheit betrachtet werden und gegenseitig für ihre Legate einstehen müßten. Aber dieses auch zugegeben und von der vorgedachten Absurdität abgesehen, so würde doch höchstens gesagt werden können, die Legate des einen Substituten seyen als beiden aufgelegt zu betrachten und pro rata zu tragen: wie der eine dazu kommen sollte, gerade nur für den Theil der Legate zu haften, der über die Portion des andern hinausginge, bliebe völlig unerklärlich. Dagegen entsteht nach der richtigen Beziehung des alterum auf den überschwerten der befriedigendste Zusammenhang, vorausgesetzt freilich, daß man in §. 5. das Glossem quadrante nimirum herauswirft, was sich aber nun auch eben durch diesen Zusammenhang erst vollkommen rechtfertigt. Wenn nämlich die Frage, ob die Legate durch die Falcidia und den Betrag des ererbten Vermögens eine Beschränkung erleiden sollen, nach dem Zeitpunct des Todes des Va-

ters zu beurtheilen ist, wie Papinian in §. 5. ausgeführt hat, so scheint allerdings ganz folgerichtig behauptet werden zu müssen, daß, wenn die dem Substituten A aufgelegten Legate — wir nehmen sie zu 160 oder 220 an — nur nach dem Betrage der Erbschaft zur Zeit des Todes des Vaters weder diese selbst, noch ³/₄ derselben übersteigen — wie dieses bei jenem Betrage der Legate und einer väterlichen Erbschaft von 400 in der That nicht geschah — sie auch von dem Substituten voll ausgezahlt werden müssen, obgleich sie ³/₄ seiner Substitutionshälfte oder gar diese selbst übersteigen, eben so wie diese Verpflichtung des Substituten früher für den Fall behauptet worden ist, daß das pupillarische Vermögen so vermindert auf den Substituten gekommen ist, daß die Legate ³/₄ oder gar das Ganze desselben übersteigen. Mit andern Worten: Nach der hier als plausibel hingestellten Ansicht muß der Substitut für die nach dem Zeitpunct des Todes des Vaters nicht übermäßigen Legate mit Verlust seiner Quart und selbst an seinem eigenen Vermögen aufkommen, gleichviel ob der Grund, weshalb sie für ihn übermäßig sind, in der Verminderung des Vermögens des Vaters beim Pupillen liegt, oder darin, daß er als einer von mehreren Substituten nur einen Theil dieses Vermögens erhält und allein mit dafür übermäßigen Legaten beschwert ist.

Papinian verwirft nun aber im Folgenden (sed verior est etc.) diese Ansicht und zeigt, daß, nach einer richtigen Anwendung des Princips, die Pupillarsubstituten für die Legatsverpflichtung nur nach der Zeit des Todes des Vaters zu beurtheilen, das Umgekehrte — die Berechtigung zum Abzuge der Quart — folge, indem sie so zu betrachten seyen, als wenn sie den Vater unmittelbar beerbt hätten. „Wie wir oben gesehen haben (sagt er im Wesentlichen), daß das Vermögen des Vaters und die Zusammenrechnung der Legate von da aus Form und Ursprung erhalten, so müssen auch mehrere Substituten, mit Wegdenkung der Person des Pupillen, auf den Gesichtspunct der Institution zurückgeführt werden.“ Hier bedarf jedoch Mehreres der Erläu-

terung. Der Ausdruck opes, den Einige unverständig in opus verändern wollten, ist offenbar absichtlich gewählt; denn er bezeichnet das Vermögen insofern es reichlich, für das, was man ausrichten will, vollkommen hinreichend ist — hier im Verhältniß zu den ausgesetzten Vermächtnissen. Forma heißt hier, wie in so vielen andern Anwendungen, z. B. forma edicti perpetui, census, agendi, die feste, unveränderliche Gestalt und Norm, welche beobachtet werden muß, und bezieht sich darauf, daß die Zeit der Beerbung des Vaters für den Betrag des auszusetzenden Vermögens und der sämmtlichen Legate (contributio legatorum) normgebend ist; origo aber geht darauf, daß die Legate sämmtlich als aus dem väterlichen Testament herrührend zu betrachten und insbesondere auch die des Substituten darauf zurückzuführen sind, nicht minder aber auch das väterliche Vermögen von da an Erbvermögen wird. So bezieht sich formam hauptsächlich auf opes patris, originem hauptsächlich auf contributio legatorum, wie es die Stellung mit sich bringt, beides aber secundär auch auf das andere[7]). Eben so Gajus L. 79. eod. sive de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater, cum moreretur, habuit — — sive de legatis quaeramus — — in unum contribuuntur, tanquam si et ea, quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia conditione legasset. Zweierlei aber erregt Anstoß. Im Vorhergehenden atque ita si patri heres exstitisset ist ita sinnlos oder doch überflüssig und störend. Im Folgenden ut enim — — inde capiunt et formam et originem fehlt es für inde an einem

---

[7]) Govean's Auslegung dieser Stelle (p. 186) ist überhaupt nicht befriedigend; völlig mißverstanden hat er aber diese Worte, statt deren er lesen will : Ut enim opes, patris formam capiunt et originem et inde contributio legatorum, ita etc. Es soll darin eine Anspielung auf patrimonium liegen. Die meisten Ausleger, auch Pothier (Pand. Just. 35, 2. §. 68. Not. 4.), beziehen originem hauptsächlich oder ausschließlich auf patrimonium, Pforbten formam und originem zusammen nur auf patrimonium.

hinlänglich scharfen Relatum. Daß nun ita eine Corruptel sey, deutet schon seine unsichere Stellung an. Einige HSS. haben es mit der florentinischen vor, andere, denen Haloander und die Vulgata folgen, nach si (vgl. Gebauer's Anm.). Ohne Zweifel ist es aus *IT*, der Sigle für institutus (Putsch. Gramm. p. 1675), item und wahrscheinlich auch für ita (wenigstens kommt itq = itaque vor) entstanden und hier fast der umgekehrte Fehler zu verbessern, wie bei Ulp. 6, 2, 20, 6, wo F. A. Schilling (Diss. crit. de Ulp. fragm. p. 3—8) aus institutus item hergestellt hat. Lesen wir nun:

Sed verior est diversa sententia, perinde huic quartam relinquendam, atque si institutus patri heres exstitisset,

so erhält dieses nur durch den Schluß des folgenden begründenden Satzes ut enim — — — ita plures substituti — revocandi sunt ad institutionis intellectum und durch den ganz ähnlichen Ausdruck Papinian's für dieselbe Sache in L. 41. §. 6. D. de vulg. et pup. subst. (28, 6.). Non idem servabitur alio substituto : nam ille Falcidiae rationem induceret quasi plane sub conditione primis tabulis heres institutus, seine volle Bestätigung, sondern es wird auch für inde ein bestimmterer Gedanke gewonnen, auf den es sich bezieht; es heißt nur a gradu institutionis, von der unmittelbaren Beerbung des Vaters her, die im Zeitpunct seines Todes geschieht.

Im Folgenden wendet sich Papinian zu dem andern nicht überschwerten Substituten B und kommt damit auf den Fall, welchen Gajus in der schon oben erklärten L. 80. pr. D. eod. behandelt. „Was werden wir aber von dem andern selbst nicht überschwerten Substituten sagen [a])? — daß, wenn vielleicht der Pupill die ihm aufgelegten Legate noch nicht gezahlt hat und diese mit seinen eigenen zusammen 3/4 seines Erbtheils übersteigen, er auch die Quart abziehen werde?“ Z. B. der Vater hat 400

[a]) Hinter oneratus sollte man ein Fragezeichen setzen.

hinterlassen, vom Pupillen 20, vom Substituten B 150 legirt, so daß dieser zusammen die Hälfte von 20 und 150, also 160 auszuzahlen hätte, während er nur 200 erhält, wovon ¾ 150 sind. Es werden nun zuerst Zweifel gegen die den Abzug gestattende Meinung angeführt. Von diesen ist der erste klar: aliquin quartam habet, er selbst ist mit 150 im Verhältniß zu seinem Erbtheil von 200 nicht überschwert. Die folgenden Worte aber: neque idem patiatur instituti comparatio geben keinen rechten Sinn. Namentlich liegt das nicht darin, was Pfordten S. 60 mit den meisten frühern Auslegern und v. Vangerow S. 478 herauserklärt: „wenn man ihn auch als institutus betrachten wollte, so würde dieses doch nicht dasselbe zulassen, dieselbe Wirkung haben [dieses heißt pati nicht], wie bei dem andern Substituten, weil er für seine Person nicht verletzt ist, also nichts abziehen darf, man mag sich ihn ins erste oder zweite Testament denken." Ohne Zweifel ist idem, welches eine falsche Vergleichung mit dem ersten Falle ergeben würde, nur irrige Auflösung einer vermeintlichen Sigle id und also neque id patiatur (oder besser mit Haloander patitur) instituti comparatio zu lesen, d. h. es ist dieses (eum quartam habiturum) unverträglich mit der (wie oben gezeigt, für die substituti nothwendigen) Vergleichung mit einem (Zurückführung auf einen) institutus. Die beiden Zweifelsgründe stehen also in dieser Verbindung mit einander: Erstens hat dieser Substitut für sich seine Quart (ist selbst nicht überschwert) und zweitens dürfen wir ihm nicht die dem Pupillen aufgelegten Legate zurechnen, um eine den Abzug begründende Ueberschwerung herauszubringen, weil der Substitut subducta pupilli persona (mithin auch mit Absehen von den diesem aufgelegten Legaten) revocandus est ad institutionis intellectum. Also scheint nun der Abzug geläugnet werden zu müssen. Aber thun wir dieses, fährt der Jurist fort, so treten wir in offenen Widerspruch mit einer allgemein anerkannten Rechtsansicht. Da dieses nun nicht zulässig ist, so wird die Verschiedenheit zwischen den beiden behandelten Fällen zuzugeben seyn, daß der für seine

Person (proprio nomine) überschwerte A vermöge seiner Zurückführung auf die Stellung eines institutus die Quart verlangen, der als Substitut nicht überschwerte B dagegen, obgleich seine Portion für seine Legate hinreicht, wegen der Zusammenrechnung der Pupillar- und der eignen Legate nicht aufs Ganze belangt werden kann. So entscheidet also Papinian den zweiten Fall eben so, wie Gajus in L. 80. pr. cit. Ich habe hierbei gegen die gewöhnliche Interpunction und die Erklärungsweise aller Uebrigen die Worte ut substitutus nicht zum Folgenden, sondern zum Vorhergehenden gezogen (qui non oneratus est ut substitutus, während die Ausgaben interpungiren qui non oneratus est, ut substitutus) weil sie offenbar für B dasselbe sagen sollen, was bei A mit proprio nomine ausgedrückt war, und zum Folgenden gezogen nicht den Grund der Entscheidung abgeben könnten, der hier vielmehr in der calculi confusio liegt. Denn bloß als Substitut würde B niemals zur Quart berechtigt seyn; auch will Papinian seine allgemeine Vergleichung des Substituten mit dem institutus gewiß nicht für B zurücknehmen, — wodurch seine ganze Entwickelung in ihrer Beschränkung auf den A zu etwas rein Willkürlichem herabsinken würde — sondern sie nur für diesen Substituten durch das Princip in tabulis patris et filii una Falcidia ergänzen, und so ist der äußerliche Gegensatz zu velut institutus, der die Neueren verleitet hat, bloßer Schein. — Papinian hat es nicht der Mühe werth gefunden, den frühern scheinbaren Einwand neque id patitur instituti comparatio noch besonders zu entkräften. Hätte er es, so würde er ohne Zweifel bemerkt haben, daß die comparatio instituti in ihrem vollen Sinne verstanden eben darauf führe, daß er nicht nur mit dem eingesetzten Pupillen als eine Personeneinheit zu betrachten, sondern auch auf ihn und seinen Mitsubstituten als zwei eingesetzte Erben des Vaters die Regel in singulis heredibus Falcidiam spectandam anzuwenden sey.

Zum Schluß bemerkt Papinian als Folgerung aus dem, was über die beiden Substituten gesagt ist, daß, wenn der Pupill

bei Auszahlung der Legate sich von den Legataren hat versprechen lassen: si amplius ceperint, quam e lege Falcidia capere liceat, quanti ea res sit, tantam pecuniam dare [L. 1. pr. D. si cui plus (35, 3.), die zwei Substituten besonders (duobus nicht ambobus) aus dieser Caution würden klagen können, jeder auf so viel, als seine Falcidia geschmälert sey, was ja in verschiedenem Maße der Fall seyn kann. Denn wenn z. B. von dem 400 erbenden Pupillen 50, von dem Substituten A 160, von B 140 legirt wären, so daß A auf 200 leg. pup. 25 + leg. propr. 160 = 185, B auf 200 leg. pup. 25 + leg. propr. 140 = 165 zu zahlen hätte, so würde die Quart des A um 35, die des B um 15 überschritten seyn und jeder diesen Betrag allen Legataren kürzen, mithin auch auf das Verhältnißmäßige aus der Caution des Pupillen klagen können. Vgl. L. 32. §. 2. D. eod. Gerade hieraus wird nun aber wieder recht klar, daß die Substituten hinsichtlich der Legate sich keineswegs bloß wie Erben des Pupillen verhalten, in welcher Eigenschaft sie auch in das Recht der Caution nur zu ihren Erbtheilen eintreten könnten, sondern als eine vom Pupillen vertretene Personeneinheit aufzufassen sind (pupillum in his, quae a substituto relinquuntur, personam sustinere ejus, L. 7. §. 5. D. de liber. leg.), kraft deren jeder aus der Caution die seinem Verhältniß entsprechenden Rechte ableitet.

Papinian sagt in unserer Stelle nichts darüber, wie es mit dem selbst nicht überschwerten Substituten zu halten sey, wenn der Pupill die Legate ohne Caution schon gezahlt habe, deren Hinzurechnung ihn überschweren würde. Nur folgt aus seiner Darstellung a contrario, daß der Substitut alsdann die Quart seinen Legataren nicht abziehen dürfe. Da aber der Vormund des Pupillen durch Versäumung der Caution jedenfalls gefehlt hat, so kann der Substitut, wie Julian und Ulpian L. 84. D. eod. L. 1. §. 1. 2. D. si cui plus (35, 3.) bemerken, die tutelae actio auf Ersatz des dadurch verursachten Schadens anstellen.

In der zuletzt angeführten Stelle fährt Ulpian folgendermaßen fort L. 1. §. 3:

MARCELLUS ait: Qui quadringenta in bonis habebat, impuberem filium heredem instituit, eique substituit Titium et Sejum; nihil a pupillo testator legavit, sed a Titio trecenta: utrum ducenta (inquit) praestabuntur, an centum quinquaginta? nam trecenta nullo modo eum praestare. Mihi videtur verius, non amplius eum parte sua erogare compelli: certe nec minus, secundum quod eveniet (Flor. eveniret), ut non soli committatur stipulatio, sed omnibus heredibus interponenda sit (Flor. est); sed causa cognita Falcidiam locum habere, et legatorum modus facit et aeris alieni onus.

Der hier aus Marcellus angeführte Fall ist derselbe, welchen Papinian in dem ersten Theil der eben erklärten Stelle behandelt: der Pupill, welcher 400 erbt, ist gar nicht, von seinen beiden Substituten aber Titius mit einem Legat von 300, also 100 mehr, als sein Erbtheil beträgt, beschwert. Marcellus führt hier drei mögliche Meinungen an: 1) Titius muß 200, d. h. den vollen Betrag seines Erbtheils auf das Legat verwenden; 2) er zahlt nur 150, d. h. er darf die Falcidia seines Erbtheils abziehen; 3) er muß das ganze Legat von 300 entrichten. Diese dritte Meinung verwirft er entschieden; zwischen den ersten beiden schwankt er, ohne eine bestimmte Antwort zu wagen. Die dritte Meinung, welche auch Ulpian nachher mit dem sie verwerfenden Ausdruck verius est andeutet, ist nun offenbar diejenige, welche Papinian in L. 11. §. 6. D. ad leg. Falc. mit den Worten anführte: et facile quis dixerit, consequenter prioribus, quae de patrimonii ratione dicta sunt, non esse Falcidiae locum, et ultra vires portionis conveniendum alterum substitutum; denn wenn man mit Ignorirung der Mehrheit der Substituten auf den Zustand zur Zeit des Todes des Vaters sah, so war das Legat von 300 weder über den Betrag des Vermögens, noch gegen die Lex Falcidia. Auch Marcell's

Zweifel zwischen den übrigen beiden Ansichten beruhte nur auf dem Gewicht der für jene Meinung, daß es auf den Zeitpunct der Beerbung des Vaters ankomme, angeführten Gründe; wenn er diese nicht auch dafür gelten ließ, daß der Substitut das Legat über die Kräfte seiner Portion hinaus bezahlen müsse, so bewog ihn dazu nur das Rescript des Pius, neminem oportere plus legati nomine praestare, quam ad eum ex hereditate quid pervenit. Sehr schwierig ist nun aber, was Ulpian zur Erhebung des von Marcellus gelassenen Zweifels sagt. Auf den ersten Blick scheint es zwar klar, daß er sich für die erste Meinung entscheide: der Substitut hafte nicht über den Betrag seiner Portion, aber freilich auch nicht unter derselben, also für 200, und daß er ihm also im Widerstreit mit Papinian die falcidische Quart abspreche. Am Schlusse der Stelle spricht er aber doch wieder von der Quart und der Zusamenhang der mittlern Worte bleibt völlig unklar. Die Ausleger haben zwar mancherlei Erklärungen versucht, von denen aber keine genügt.

Schon im Mittelalter erkannte man im Osten wie im Westen die große Schwierigkeit der Stelle. Die Basiliken (Lib. XLI. tit. 2. §. 3. Tom. IV. p. 135. Heimb.) geben sie so wieder: *Ἔχων τετρακοσίων νομισμάτων οὐσίαν ἔγραψα τὸν ἀνηβόν μοι κληρονόμον, μηδὲν ἐξ αὐτοῦ ληγατεύσας, ἀλλὰ Πέτρον καὶ Παῦλον ὑποκαταστήσας αὐτῷ, ἐληγάτευσα παρὰ Πέτρου τριακόσια νομίσματα. οὐδὲν πλέον ἢ ἧττον τοῦ οἰκείου δίδωσι μέρους· καὶ συμβαίνει, μὴ μόνῳ αὐτῷ, ἀλλὰ καὶ τῷ συγκληρονόμῳ αὐτοῦ ἐξ εὐλόγου αἰτίας βεβαιοῦσθαι τὴν ἐπερώτησιν· καὶ τὸ ἄμετρον τῶν ληγάτων καὶ τὰ κληρονομιαῖα χρέα τὸν φαλκίδιον εἰσάγουσιν.* Es geht daraus hervor, daß sie unsern Text vor sich gehabt, aber die Worte sed causa cognita, hier mit *ἐξ εὐλόγου αἰτίας* gegeben, weil eben die justa causa in der causae cognitio bewiesen werden muß (vgl. L. 4. pr. D. eod.), nicht, wie im Westen fast allgemein geschehen, zum Folgenden gezogen, sondern als Schluß des vorhergehenden Satzes genommen haben, also mit dieser Inter-

punction: sed omnibus heredibus interponenda est, sed causa cognita. Falcidiam locum habere etc. Von den Scholien ist mir das erste unverständlich. Es sagt: mehr als das Hinterlassene wird von dem überschwerten Substituten nicht beigetrieben, wenn er nicht die Quart zurückbehalten hat; deshalb steht dem andern die Stipulation zu. Ein zweiter Scholiast bemerkt zu *οὐδὲν πλέον ἢ ἧττον* etc.: nach der Consequenz müsse man sagen, daß der Ueberschwerte die Quart seines Theils zurückbehalte, obgleich der Text das Gegentheil sage. Oder man könnte sagen: nec minus nach dem Gesetz, d. h. *μετὰ τὸν φαλκίδιον* (er will sagen: diese Stelle habe die frühere Falcidia abgeschafft). Ein Scholion des Cobidas meint, auch Paulus (der nicht mit Legaten belegte Substitut) müsse diese Legate anerkennen, weshalb auch ihm die Stipulation committirt werde: wozu aber ein Unbenannter wieder bemerkt, er könne den Grund davon nicht einsehen, wenn man nicht sagen wolle, es sey so der Wille des Erblassers gewesen, und auf L. 11. §. 6. ad l. Falc. verweist.

Nach der Glosse soll das certe nec minus auf das Zwölftafelrecht gehen (nach diesem würden aber vielmehr die ganzen 300 haben ausgezahlt werden müssen), der Schluß enthalte das Recht der Lex Falcidia, oder Ulpian verbessere am Schluß sich selbst; committatur stehe für interponatur und in diesen mittlern Worten ändere Ulpian den vorausgesetzten Fall dahin, daß alle Erben überschwert und daß es zweifelhaft sey, ob die Falcidia stattfinde, weshalb es, wie nach dem Principium der Stelle, zur Caution kommen müsse. — Goveanus (ad L. 77. D. ad leg. Falcid., Opp. p. 239) macht darauf aufmerksam, daß Ulpian in L. 1. §. 2. bemerkt habe, der Pupill müsse oft wegen der seinem Substituten aufgelegten Legate die Caution fordern, die erst für seine Erben committirt werde; hier behandele nun Ulpian einen Fall, wo erst der Erbe des Pupillen — da vom letzteren gar keine Legate hinterlassen seyen — die Caution verlangen könne und zwar deshalb, weil, so lange sein nicht beschwerter Substitut noch nicht angetreten habe, es ungewiß sey,

ob er durch das Legat von 300 überschwert seyn werde oder nicht. In der wegen der Caution anzustellenden causae cognitio sey nun, ähnlich wie in L. 25. D. de leg. 2, zu untersuchen, ob der Mitsubstitut antreten könne. Er schließt: veteres Codices habent non solum et finem § faciunt in illis verbis sed causa cognita. Quae vera lectio videtur. Wie man sieht, giebt er von den schwierigen Worten secundum quod eveniet.... interponenda sit, doch keine eingehende Erklärung und bezieht die Nothwendigkeit der Caution auf ein Moment — die mögliche Erleichterung des überschwerten Substituten durch die accrescirende Portion seines Miterben — welches Ulpian auch nicht entfernt andeutet und welches er auch gar nicht im Sinne gehabt haben kann, da er sagt omnibus heredibus interponenda sit. Hinsichtlich der Worte sed causa cognita stimmt er aber, der einzige unter den mir bekannten Auslegern, ohne es zu wissen, mit den Basiliken überein. — Cujacius in seiner Auslegung der L. 11. §. 6 (Tom. IV. p. 710) und Obs. 4, 35 nimmt an, Ulpian setze voraus, daß möglicherweise eine so große Schuldenlast vorhanden sey, daß selbst 200 von Titius indebite gezahlt worden wären; hier sey auch der mit Legaten nicht belegte Seius bei jener Legatenzahlung interessirt und könne deshalb auch für sich Caution wegen Rückgabe der Legate von den Legataren verlangen, um sie mit zur Abtragung der erbschaftlichen Schulden zu verwenden. Gewiß ein eines so großen Juristen nicht würdiger Auslegungsversuch; denn was kann es den Seius angehen, ob der allein mit Legaten beschwerte Titius diese bis zu 200 auszahlt? Und mit welchem Grunde soll er von dessen indebita solutio Vortheil ziehen? — Pothier (Pand. Justin. 35, 2. num. 68) erklärt die Worte Secundum quod etc. so: Nehme man also an, daß die Falcidia nicht für die einzelnen Substituten besonders, sondern für die ganze Erbschaft zu berechnen sey, so würde dieß zur Folge haben (eveniret), daß, wenn wegen einer bedingten Schuld der Eintritt der Falcidia ungewiß und mehrere verschieden beschwerte Substituten vorhanden seyen, die dann Platz

greifende Caution nicht bloß dem überschwerten, sondern auch seinem nicht überschwerten Mitsubstituten zu bestellen wäre: z. B. die Erbschaft betrage 800 mit einer bedingten Schuld von 400; vom Substituten A seyen 200, von B 150 legirt; dann könnten, da die Falcidia von der ganzen Erbschaft 100, die Legate aber 350 von 400 reinem Vermögen betragen, beide wegen der möglicher Weise zu viel bezahlten 50 Caution, jeder zur Hälfte, fordern. Allein am Schluß sed causa cognita etc. verbessere Ulpian seine Anfangs (certe nec minus) ausgesprochene Ansicht dahin, daß die Falcidia nach Maaßgabe der verschiedenen Legate bei jedem Substituten besonders zu berechnen, also der Ueberschwerte zum Abzuge von 50 berechtigt sey. Diese Erklärung ist scharfsinnig, trägt aber viel in die Stelle hinein, z. B. am Schluß die Hauptsache, daß es auf das Maaß der Legate bei jedem einzeln ankomme, und läßt die Sonderbarkeit unerklärt, daß Ulpian zuerst die eine Ansicht so ausdrücklich und dann die entgegengesetzte so undeutlich ausspricht.

Pfordten (S. 65) kommt im Wesentlichen auf die Erklärung der Glosse zurück. Secundum quod etc. sey nicht bloß auf certe nec minus, sondern auf den ganzen vorhergehenden Gedanken, das Princip der getrennten Berechnung bei jedem Substituten, zu beziehen und dabei Legate von beiden Substituten und ein Zweifel, ob der Abzug begründet sey, anzunehmen: mit certe nec minus wolle aber Ulpian nur sagen, daß der Substitut vorläufig seinen ganzen Erbtheil gegen Caution hingeben solle, und er erkläre sich wegen der nach seiner Meinung doch abzuziehenden Falcidia am Schluß. So nimmt also Pfordten für die Folgerung secundum quod gerade den umgekehrten Gedanken als vorausgehend an, als Pothier und erklärt mit allen andern committitur und interponitur stipulatio für synonym. — Sintenis Meinung erhellt, widerlegt sich aber auch hinreichend aus seiner Uebersetzung (Bd. 3. S. 701).

Mir scheint es richtiger zu seyn, daß er nicht genöthigt werden kann, mehr als seinen Antheil herzugeben, jedoch

auch nicht weniger [haben Manche behauptet]. Hieraus würde folgen, daß die Stipulation nicht bloß [für den Unmündigen] allein wirksam werden kann, sondern von allen Erben zu treffen ist; allein daß die Falcidia nach vorheriger Untersuchung stattfinde, bewirkt sowohl der Betrag der Vermächtnisse, als die Schuldenmasse.

Mir scheint nun zuvörderst unzweifelhaft, daß hinsichtlich der Worte sed causa non cognita auf die Basiliken und die von Goveanus angeführten Codices zurückzugehen sey. Denn erstens erfordert der Abzug zwar wohl eine Berechnung, für welche, wenn der Erbe das Vermögen nicht verkaufte (Cornel. Front. ep. ad Antonin. 2, 12.), wegen der Abschätzung auch ein Arbiter genommen zu werden pflegte, L. 1. §. 6. eod. L. 12. D. ad leg. Falc. (35, 2.), niemals aber eine prätorische causae cognitio, die dagegen für die Caution stets nothwendig ist (L. 4. pr. L. 6. D. eod.). Zweitens eignet sich der Satz Falcidiam locum habere et legatorum modus facit et aeris alieni modus nach dem Zusammenhange eben so vollständig zu einem selbstständigen §., mit dem ein ganz neuer Theil der Untersuchung beginnt, wie er im Anschluß an das Vorhergehende unpassend und verwirrend ist. Ulpian untersucht nämlich in L. 1. nach einer einleitenden Bemerkung über die Bedeutung dieser Caution überhaupt, 1) (§. 1—3) für wen diese Caution nothwendig sey, und geht dann 2) zu den Gründen des Zweifels, ob der Abzug eintrete, über, weshalb es zu dieser Caution kommen müsse. Diese sind theils ungewisse Erbschaftsschulden (§. 4—6), theils ungewisse Vermächtnisse (§. 7. 8). Dieser ganze zweite Abschnitt fängt nun nach unserem gewöhnlichen Texte ganz unvermittelt an (§. 4): Et si quidem evidens aes alienum est vel certum, facilis est computatio; ja, die Anfangsworte et si quidem selbst zeigen eine nähere Ausführung eines unmittelbar vorhergegangenen Satzes an. Stellen wir aber die Worte Falcidiam locum habere etc. als diesen Satz und als Uebergang zum zweiten Abschnitt hin, so ist Alles in schönster Ordnung.

Ferner kann soli nicht richtig seyn; es müßte, auf den überschwerten Substituten bezogen, nach der Sprache wenigstens ei soli heißen, besonders da es in Gegensatz gegen omnibus heredibus treten soll. Aber auch dieser Gegensatz ist ein offenbar gemachter, da dadurch der in der Stelle selbst liegende Gegensatz von stipulatio committatur und interponenda sit verdrängt wird. Um sich zu überzeugen, daß es Ulpian auf diesen Gegensatz angekommen sey, vergleiche man nur §. 2. Si non fuisset interposita stipulatio ex persona pupilli, tutelae actio heredi pupilli adversus tutorem competit. Sed, ut Pomponius ait, et ipsi pupillo et heredi ejus poterit committi stipulatio : ipsi, quo casu, vivo eo, Falcidia incipit locum habere. De tutelae quoque actione idem scribit. Unbedenklich stellen wir also mit Goveanus die Leseart her : ut non solum committatur stipulatio, sed omnibus heredibus interponenda sit; sed causa cognita. Auch ist Govean's Gedanke ganz richtig, Ulpian komme es darauf an, nachdem er in §. 1 für die vom Pupillen oder von ihm und dessen Substituten hinterlassenen Legate bemerkt, Legem Falcidiam semel esse admittendam, etiamsi duplex sit testamentum, und in §. 2 fortgefahren, daß die vom Pupillen abgeschlossene Stipulation resp. die wegen ihrer Versäumniß anzustellende tutelae actio theils schon für ihn, theils erst für seinen Substituten committirt werden könne, nun auch einen Fall anzuführen, wo sie für seinen Erben nicht bloß committirt werde, sondern auch erst eingegangen werden müsse. Bloß also um dieses zu können, schickt er die Stelle des Marcellus, die diesen Fall enthält, voran, entscheidet dessen Zweifel und folgert dann daraus, daß und wie hier die Stipulation — natürlich setzt diese nun wieder eine Ungewißheit wegen Eintretens der Falcidia voraus — Platz greife. Was nun zuerst die Entscheidung jenes Zweifels betrifft, so kann man Ulpian unmöglich eine andere, als die oben als zweite bezeichnete Meinung zuschreiben, daß nämlich auch für zwei Substituten die Berechnung der Falcidia nicht für jeden besonders, sondern einmal nach dem

Gesammtbetrage der Erbschaft zur Zeit des Todes des Vaters Statt finde und nur Niemand über den Betrag seines Erbtheils Legate zu zahlen schuldig sey. Sie liegt klar in den Worten certe nec minus; sie ist aber, was man übersehen hat, auch schon in den Worten des §. 1 stillschweigend ausgesprochen: Neque interest, utrum in primis tabulis hoc fiat, an in pupillaribus, an in utrisque; etenim legem Falcidiam semel esse admittendam, etiamsi duplex sit testamentum jam convenit; denn indem er bloß auf Institution und Substitution, nicht auch darauf, ob einer oder mehrere Substituten vorhanden sind, Gewicht legt, wird der letzteren Regel nicht undeutlich der Sinn gegeben, daß schlechthin nur Ein Abzug Statt finden soll, mag die Ueberschwerung vorkommen 1) bloß beim Pupillen, 2) bloß bei dessen (einem oder mehreren) Erben oder 3) bei beiden zusammen. Endlich erklärt sich auch nur hieraus die angeknüpfte Folgerung, namentlich der Ausdruck omnibus heredibus. Jene Folgerung ist von Pothier richtig entwickelt und durch das beigefügte Beispiel vollständig klar gemacht worden. Statt omnibus hätte aber Ulpian singulis sagen müssen, wenn er eine besondere Stellung jedes Substituten zur Falcidia und zwei ihrem Sinn und Erfolg nach verschiedene, darauf bezügliche Stipulationen im Sinne gehabt hätte. Die Worte sed causa cognita fügt Ulpian hinzu — ohne Zweifel nicht aus dem von Goveanus angeführten Grunde (denn wie kann allen Erben eine Stipulation deshalb, weil sie noch nicht alle angetreten haben, interponirt werden, da sie überhaupt nur von dem, der angetreten hat, verlangt werden kann?), sondern deshalb, weil, wenn die Stipulation erst nach der Erbfolge der Substituten zur Sprache kommt und die Frage wegen der Falcidia sich doch nach dem Zeitpunct der unmittelbaren Beerbung des Vaters richtet, eine besonders sorgfältige causae cognitio, namentlich in der Beziehung, ob die bedingten Schulden nicht erst nach der Erbfolge des Pupillen entstanden sind, nothwendig wird.

Was die florentinische Leseart eveniret und interponenda

est betrifft, so leuchtet nun wohl ein, daß sie erst im Zusammenhang mit der irrigen Constituirung des Textes am Schlusse der Stelle entstanden ist. Die Erklärung der Glosse muß demnach schon sehr bald nach Justinian aufgekommen seyn, nach welcher man diese Stelle mit Papinian's Ansicht in Uebereinstimmung zu bringen suchte und dieses dadurch erreichte, daß man certe nec minus nur für eine vorläufige Entscheidung nahm, aus sed causa cognita Falcidiam locum habere etc. eine Verbesserung derselben machte und demgemäß das Dazwischenstehende, secundum quod eveniet etc., zu einer bloß hypothetischen Folgerung gestaltete.

Ulpian's Meinung wäre nun also vollständig diese: Auch wenn mehrere Pupillarsubstituten vorhanden und bloß von ihnen Legate hinterlassen sind, ist zwar keiner von den Substituten verpflichtet, über seinen Erbtheil hinaus Legate zu prästiren, aber die Falcidia kommt doch nur einmal nach dem Zeitpunct der Beerbung des Vaters zum Abzuge so, als wenn die sämmtlichen Legate schon dem Pupillen aufgelegt wären, und eben so wird ihnen auch die cautio quanto amplius quam per legem Falcidiam licet nur so bestellt, und nach ihren Erbtheilen committirt, als wenn sie schon dem Pupillen bestellt gewesen wäre. Ist also vom einen Substituten allein über seine Portion, aber nicht über $^3/_4$ der ganzen väterlichen Erbschaft hinaus legirt, so gilt das Legat nur bis zum Betrage seiner Portion und es findet kein Abzug der Quart Statt; sind aber beide mit Legaten über $^3/_4$ ihrer Portion beschwert, oder es ist zwar nur der eine überschwert, die Legate desselben mit denen seines Miterben zusammen gerechnet betragen aber auch über $^3/_4$ der väterlichen Erbschaft, so ziehen beide die Quart ab, aber allen Legataren zusammengenommen, und so kann es sich ereignen, daß ein Substitut, der von seiner Portion die Quart hat, doch um der seinem Miterben aufgelegten Legate willen noch etwas zurückbehält und der andere durch den Abzug nicht so viel erhält, als die Quart von seiner Erbportion beträgt.

Uebrigens wird das practische Resultat durch die richtigere Erklärung der Stelle des Ulpian nicht verändert. Es liegt nun zwar ein schroffer Widerstreit zwischen ihm und Papinian vor; aber die Meinung Papinian's muß nicht bloß als die in sich begründetere, sondern auch schon aus dem äußeren Grunde, daß sie die Frage ex professo behandelt, die Ansicht L. 1. §. 3. h. t. ausdrücklich verwirft und also präsumtiv Justinian's Ansicht ausdrückt, vorgezogen werden.

Zweiter Satz.

Der zweite oben angeführte Satz: in tabulis patris et filii unam servari Falcidiam, ist nicht eine nothwendige Folge des ersten; denn wenn auch die Legate des Substituten nur als bedingte Legate von der väterlichen Erbschaft betrachtet werden, der Substitut selbst aber ein neuer Erbe neben dem Pupillen ist, so würde nach dem Princip, daß mehrere eingesetzte Erben jeder für seine Portion die Falcidia berechnen, auch eine getrennte Berechnung für den Pupillen und den Substituten eintreten müssen. Dagegen folgt der Satz ebenfalls aus der schon erörterten Natur der Pupillarsubstitution. Wenn nämlich der Pupillarsubstitut eben so wie der Pupill des Vaters Erbe, nur aber erst für den Fall der Erbschaft des Pupillen ist, so ist Einsetzung des Pupillen und des Substituten für die väterliche Erbschaft nur Eine dualisirte Einsetzung zweier Personen, die hintereinander mit gleichem vollen Rechte für dieselbe väterliche Erbschaft berufen werden*), so daß für den väterlichen Willen der Substitut mit dem Pupillen oder vielmehr dieser mit dem Substituten — da letzterer erst der definitive Erbe, der Pupill gleichsam nur die erweiterte vorübergehende Person des Vaters ist — gleichsam Eine Person bildet. Dieses wird auch in andern Anwendungen

*) In früherer Zeit nannte man den Pupillarsubstituten den secundus patris heres, Cic. de invent. 2, 21., wie den Bürgen des auctor, der auch mit diesem dasselbe schuldig war, secundus auctor.

anerkannt. Wenn dem Titius vom Pupillen und dem Mävius vom Substituten dieselbe Sache vermacht ist, so gilt dasselbe Recht der Anwachsung, als wenn dem letzteren auch schon im ersten Testament vom Pupillen legirt wäre, L. 41. §. 6. D. de vulg. et pup. subst. (28, 6.), L. 34. §. 10. D. de leg. 1, während bekanntlich ganz andere Grundsätze eintreten, wenn dieselbe Sache mehreren Personen von verschiedenen Erben hinterlassen ist. In folgender Anwendung spricht Ulpian auch den vorhin angegebenen Grund mit klaren Worten aus. L. 7. §. 5. D. de liberat. leg. (34, 3): Unde quaerit Julianus, si ab impubere substituto sit liberatio relicta, deinde impubes exegerit, quod debetur, an evanescat legatum? Et cum constet, pupillum in his, quae a substituto relinquuntur, personam sustinere ejus, a quo sub conditione legatur, (d. h. sich so verhalte, als wäre auch wieder von ihm nur unter einer Bedingung legirt) consequens est, substitutum actione ex testamento teneri, si pupillus a debitore exegerit. Aus dieser unselbstständigen Natur, welche der Pupillar- mit der Vulgarsubstitution gemein ist, erklärt sich auch — um dieses gelegentlich zu erwähnen — weshalb die Formel substituo für beide allgemein gebilligt wurde, L. 4. §. 2. L. 41. §§. 1, 45. D. de vulg. et pup. subst. (28, 6). L. 27. D. ad leg. Falcid. (35, 2), während die Einsetzungsformel heredem instituo den Meisten unzulässig schien. Gaj. 2, 117. Ul. 21. Da nämlich die Substitution gleichsam nur eine andere Person in die Erbeseinsetzung hineinschob, so reichte es hin, wenn nur diese rite geschehen war.

Eine für die Legatenprästation wichtige Anwendung unseres Satzes ist aber noch die, daß, wenn vom Pupillen und Substituten Vermächtnisse hinterlassen sind, welche nur zusammengerechnet den Abzug der Falcidia herbeiführen, der Pupill den verhältnißmäßigen Abzug durch Forderung der Caution quod amplius quam per legem Falcidiam licet, ceperis, dari, von seinem Legatar, dem er voll auszahlt, wahrzunehmen hat; denn es ist

eben so anzusehen, als wenn die möglicher Weise hinzutretenden Legate des Substituten von ihm selbst unter einer gewöhnlichen Bedingung hinterlassen worden wären.

L. 31. D. ad leg. Falcid. (35, 2.) Pomponius lib. 2. Fideicommissorum. — Is, cui fideicommissum solvitur, sicut is, cui legatum est, satisdare debet, quod amplius ceperit, quam per legem Falcidiam ei licuerit, reddi: veluti cum propter conditionem aliorum fideicommissorum vel legatorum legis Falcidiae causa pendebit. Sed et secundum Cassii et veterum opinionem, si a pupillo fideicommissa capiuntur, propter ea, quae a substituto erunt relicta, cavere debebit is, cui solvatur. Nam quamvis repetitio sit eorum, quae fideicommissi nomine non debita solventur, tamen satisdabo cautum debet esse ei, a quo pecunia proficisceretur, ne damnum sentiat deficiente eo, cui solutum erit.

Wenn das Recht des Pupillen zu dieser Caution hier auf die Ansicht des Cassius und der Alten zurückgeführt wird, so ist damit eben nur die cassianische Ansicht gemeint, daß das Testament des Vaters mit einer Pupillarsubstitution unum testamentum duarum hereditatum, der Pupillarsubstitut secundus patris heres sey, wie wir diese Ansicht auch als die vor der Kaiserzeit (bei den veteres, denen Cassius mit Capito zu folgen pflegte) allgemein herrschende bei Cic. de invent. 2, 21. de orat. 2, 22. finden: und so dient diese Stelle zur directen Bestätigung, daß der Satz in patris et filii tabulis una Falcidia eine unmittelbare Folgerung aus jener richtigen Auffassung der Pupillarsubstitution war. Pomponius bemerkt, daß diese Caution dem Pupillen bei Zahlung von Fideicommissen nur wegen der mit ihr zu stellenden Bürgen nützlich sey, an welche man sich halten könnte, wenn der Fideicommissar selbst insolvent würde oder sonst wie ausfiele; denn da ungeschuldet gezahlte Fideicommisse von jeher zurückgefordert werden konnten, und hier nur ein factischer Irrthum vorliegt, so würde gegen ihn selbst auch die condictio

indebiti ausgereicht haben. L. 9. §. 5. D. de jur. et facti ignor. (22, 6.) L. 9. C. ad leg. Falc. (6, 50). Bei legatis per damnationem, welche aus Irrthum ungeschuldet entrichtet waren, galt bekanntlich die condictio indebiti nicht. Hier war also die Caution das einzige Mittel, dem Substituten zukünftig den Abzug zu sichern. L. 1. §. 12. D. ad leg. Falcid. (35, 2.). Hatte daher der Tutor versäumt, die Caution machen zu lassen, so war der Substitut auf die Tutelklage gegen ihn beschränkt, von der bemerkt wird, daß sie in diesem Falle dem Substituten zustehe, obgleich sie dem Pupillen noch nicht zugestanden hatte (weil bei dessen Lebzeiten es noch ungewiß war, ob die Substitution und mit ihr die die Ueberschwerung herbeiführenden Legate des Substituten eintreten würden). L. 84. D. eod. (35, 2.) L. 1. §. 1. 2. D. si cui plus, quam per leg. Falc. (35, 3.).

(Schluß folgt im nächsten Heft.)



